© CANADA DEPARTMENT OF JUSTICE, 2000 PERMISSION TO REPRODUCE GRANTED TO HER MAJESTY IN RIGHT OF CANADA, AS REPRESENTED BY THE DEPARTMENT OF JUSTICE, ON 3RD. OF DECEMBER, 1996. ALTHOUGH EVERY EFFORT HAS BEEN MADE TO ENSURE THE ACCURACY OF ITS CONTENTS, THE DEPARTMENT OF JUSTICE ASSUMES NO RESPONSIBILITY FOR THE ACCURACY OR RELIABILITY OF THE INFORMATION CONTAINED HEREIN.

REPRODUCTION IN WHOLE OR IN PART THROUGH MICROMEDIA IS PERMITTED, SUBJECT TO THE FOLLOWING RESTRICTIONS. TRANSLATIONS AND MODIFICATIONS ARE NOT PERMITTED.

ALTHOUGH EVERY EFFORT HAS BEEN MADE TO ENSURE THE ACCURACY OF ITS CONTENTS, NO REPRODUCTION BY MICROMEDIA SHALL SUGGEST THAT THE MINISTER OF JUSTICE ASSUMES ANY LIABILITY FOR THE ACCURACY OR RELIABILITY OF THE INFORMATION CONTAINED HEREIN.

micromedia
a division of IHS Canada

20 Victoria Street
Toronto, Ontario M5C 2N8
Tel.: (416) 362-5211
Toll Free: 1-800-387-2689
Fax: (416) 362-6161
Email: info@micromedia.on.ca

COMMISSION DU DROIT DU CANADA
LAW COMMISSION OF CANADA

Parlons franchement à propos des traités

Parlons franchement à propos des traités

British Columbia
TREATY COMMISSION

101-03528/

Parlons franchement à propos des traités

This document is available in English:
Speaking Truth to Power: A Treaty Forum
(ISBN: 0-662-29964-7 & Catalogue number JL 2-12/2000E)

ISBN 0-662-85548-5
N° de catalogue JL2-12/2000F

©Ministère des travaux publics et des
Services gouvernementaux Canada

Commission du droit du Canada
www.cdc.gc.ca

Canada

Table des matières

Table des matières i

Introduction 1

Réexamen du processus d'établissement des traités en Colombie-Britannique
James Tully 5

L'histoire dans l'angle mort de la vision du droit constitutionnel canadien
Andrée Lajoie 21

Remise en cause du titre du Canada sur les terres : la primauté du droit, les peuples Autochtones et le colonialisme
John Borrows 37

Quel qu'en soit le nom…
Roderick A. Macdonald 77

Éthique de la négociation : confiance, reconnaissance
Trudy Govier 103

Visions de certitude : question d'hypothèses
Mark L. Stevenson 123

Arrangements et conventions provisoires en Nouvelle-Zélande ou comment assembler des parcelles de certitude
Richard T. Price 147

La voie à suivre
Hamar Foster 177

Parlons franchement à propos des traités 195

Annexe 211

Parlons franchement à propos des traités

Introduction

La conclusion de traités fait partie intégrante de l'histoire canadienne. Les premiers colons avaient reconnu d'emblée qu'il fallait que leur souverain négocie une sorte de pacte avec les peuples autochtones relativement à l'occupation de leurs terres. Cette reconnaissance a poussé les gouvernements à adopter une politique favorable à la négociation de traités. Il s'ensuit que plusieurs traités visant à régir les rapports entre les peuples autochtones et non autochtones – lesquels se partageaient désormais divers territoires – ont été signés. Cependant, le processus d'élaboration de traités ne s'est pas rendu au-delà des Rocheuses, de sorte que la reconnaissance constitutionnelle des modes de possession des terres est demeurée incertaine à l'égard d'une grande partie du territoire de la Colombie-Britannique.

En raison des réalités politiques, des pressions économiques et des décisions judiciaires, les gouvernements fédéral et provincial ainsi que le Sommet des Premières Nations de la Colombie-Britannique ont convenu de redresser cette situation d'incertitude en créant le Processus d'élaboration de traités de la Colombie-Britannique en 1993. Les négociations entamées depuis ce temps-là ont connu un succès limité.

Dans le but d'examiner de nouvelles voies visant à assurer la conclusion de traités entre les Premières Nations et les autres ordres de gouvernement, la Commission du droit du Canada et la Commission des traités de la Colombie-Britannique ont accueilli ensemble un forum à Vancouver, les 2 et 3 mars 2000.

Des négociateurs, des décideurs et des leaders d'opinion se sont réunis lors de cet événement pour échanger des renseignements et des idées au sujet de la conclusion de traités, dans une atmosphère favorable à l'ouverture d'esprit et à l'exploration. Afin de faciliter le processus, on a invité d'éminents universitaires

dans les domaines du droit, de la philosophie, de la science politique et de l'administration publique à préparer de brefs exposés sous les rubriques suivantes :

a) Perspectives historiques et constitutionnelles
b) Éthique en matière de négociation
c) Questions de certitude
d) La voie à suivre

Lors de chaque séance, après que les experts eurent présenté les grandes lignes de leurs exposés, on a sollicité les commentaires de certaines personnes dans le but d'animer la discussion et d'élargir les horizons. Pour chaque sujet, les intervenants ont bénéficié de 40 minutes afin de présenter leurs commentaires de façon informelle. Ces discussions, qui ont été présidées par Stephen Owen, c.r., de la Commission du droit, n'avaient pas pour but de tirer des conclusions définitives, mais plutôt de permettre aux intervenants d'exprimer leurs préoccupations en toute franchise et de mener à un discours plus éclairé au sujet des traités.

Puisque les négociations de traités et leurs résultats concernent plusieurs communautés et particuliers, la Commission du droit et la Commission des traités de la Colombie-Britannique ont décidé que les exposés présentés au cours du forum devraient être mis à la disposition du public, de même qu'un court résumé des débats.

La présente collection est le résultat d'une collaboration entre les deux commissions. Les exposés qui y sont publiés sont l'œuvre de leurs auteurs respectifs, qui les ont écrits à titre de commentateurs érudits. Par conséquent, ils ne correspondent pas nécessairement aux opinions de l'une ou l'autre des commissions. Nous remercions sincèrement les experts qui ont été invités aux séances d'avoir révisé leurs exposés afin que ceux-ci puissent être publiés sous la présente forme.

Nous espérons que cette collection aidera le public à mieux comprendre l'importance des traités pour les peuples et les citoyens et à mieux saisir les différentes perspectives et attentes des parties qui participent au processus d'élaboration de traités.

En dernier lieu, nous espérons qu'elle aidera à faire la lumière sur les éléments essentiels de négociations de bonne foi entre les gouvernements et les Premières Nations et qu'elle engagera ainsi toutes les parties à chercher véritablement à conclure des ententes mutuellement satisfaisantes.

Réexamen du processus d'établissement des traités en Colombie-Britannique

James Tully

James Tully est professeur et également directeur de la Faculté de sciences politiques de l'Université de Victoria. Il fut également professeur et directeur de la Faculté de Philosophie de l'Université McGill, à Montréal. Le professeur Tully a écrit de nombreux ouvrages et prononcé plusieurs allocutions sur les droits des peuples autochtones, au Canada et en Australie, ainsi que sur le processus d'établissement des traités en Colombie-Britannique. Ses recherches ont récemment porté sur les droits des Autochtones et les traités conclus avec ceux-ci, dans le contexte du droit international. Il a également agi à titre de conseiller spécial auprès de la Commission royale sur les peuples autochtones, notamment dans l'élaboration de la vision de la Commission royale pour l'établissement de nouveaux rapports avec les peuples autochtones. Dans l'ouvrage qu'il a publié sous le titre « Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity *», il examine les mécanismes qui pourraient permettre de concilier la volonté d'autodétermination des peuples autochtones et les structures démocratiques constitutionnelles du Canada et d'autres structures issues de la* common law.

Introduction

C'est un grand honneur pour moi que de vous présenter ce soir le discours inaugural de ce forum. Je remercie les peuples Salish du littoral pour leur hospitalité; grâce à eux, nous pouvons nous réunir ici et discuter de ces importantes questions sur leur territoire traditionnel. J'aimerais également remercier les deux hôtes qui m'ont invité à parler, la Commission du droit du Canada et la Commission des traités de la Colombie-Britannique. En particulier, je remercie Roderick Macdonald, président de la Commission du droit qui, très gentiment, m'a demandé si j'aimerais vous présenter une communication.

Il m'est difficile de m'adresser à cet auditoire pour deux raisons. Tout d'abord, vous connaissez tous beaucoup mieux que moi le processus d'établissement des traités. Deuxièmement, ce sont les discussions franches et honnêtes de demain qui constitueront le forum dans lequel nous essaierons, en parlant franchement de part et d'autre, de voir si et pourquoi ce processus d'établissement des traités est entré dans une impasse; et, si c'est le cas, comment résoudre cette impasse. Par conséquent, je me sentirais beaucoup plus à l'aise si je faisais ce discours demain soir, après avoir entendu vos exposés et assisté à vos délibérations. Je pense que je serais alors mieux préparé pour dire quelque chose de valable au sujet de cette situation difficile dans

laquelle nous nous trouvons et sur comment nous pourrions essayer d'en sortir. Je suis sûr que tout ce que j'ai à dire ce soir, avant le forum, aura besoin d'être corrigé et peut-être même d'être rejeté à la lumière de nos échanges de demain.

Néanmoins, je vais tenter de parler ce soir de certaines des difficultés et de certains des blocages des négociations d'aujourd'hui et sur la façon dont nous pourrions utiliser cette occasion pour réexaminer le processus lui-même. Je ne sais si ce que j'ai à dire donnera le ton au forum dans son ensemble. J'espère, toutefois, qu'il nous aidera à mesurer l'importance capitale de ce processus pour tous les peuples autochtones et pour les Canadiens. Le juge en chef Lamer avait certainement raison lorsqu'il disait que le processus d'établissement des traités était la question la plus importante et la plus difficile à laquelle ferait face le Canada au XXI^{e} siècle.

Le forum

Lorsqu'un processus complexe de traités est établi et mis en route à la hâte, des problèmes et des difficultés non prévus se présentent et il y a inévitablement des moments où ce processus doit être réexaminé et amélioré selon des modalités extraordinaires. Donc, le réexamen en cours n'est pas quelque chose d'inhabituel à cet égard. Ce moment de réflexion devrait être considéré comme une occasion. Pareils examen et amélioration devraient tenir compte de toutes les meilleures critiques et recommandations possibles. Tout d'abord, au cours de la dernière décennie, les négociateurs tant autochtones que non autochtones ont formulé un certain nombre de critiques. Il faut tenir compte de ces critiques et recommandations et les intégrer dans toute reformulation du processus. J'ai un immense respect pour les Premières Nations, pour les négociateurs provinciaux et fédéraux – pour le temps, l'énergie et la bonne volonté qu'ils ont consacrés à ces étapes complexes de la négociation. Leurs critiques et recommandations sont fondamentales à toute reformulation du processus. J'espère que nous discuterons demain de ces critiques.

Il y a ensuite d'importantes oppositions au processus d'établissement des traités, pris dans son ensemble, de la part des Premières Nations qui sont restées à l'écart du processus lui-même, de l'APN et de ceux qui ont décidé de quitter la table des négociations. Aucun examen ne serait digne d'intérêt si l'on ne tenait pas compte de leurs objections et recommandations. Je suis persuadé que nous en discuterons demain aussi. Troisièmement, un certain nombre de critiques ont également émergé des discussions publiques qu'ont tenues les citoyens de la Colombie-Britannique sur le processus. Il faut aussi tenir compte des préoccupations des citoyens, car aucun processus de traité ne sera légitime et stable, dans une démocratie constitutionnelle, s'il n'a pas l'appui de la population qui devra vivre et travailler conformément aux ententes signées. Je ne fais pas allusion ici uniquement aux citoyens non autochtones qui se sont montrés préoccupés mais aussi aux citoyens autochtones des Premières Nations qui ont soulevé des inquiétudes face à la relation existant entre les négociateurs et leurs communautés et face à l'efficacité éventuelle des ententes signées. Je suppose que ces critiques feront aussi partie des discussions. Enfin quatrièmement, nous devons entendre aussi les professionnels, les experts du processus de négociation au Canada, à savoir les avocats, les fonctionnaires, les experts du règlement des différends, les consultants en affaires et les universitaires. C'est grâce à un échange franc d'objections et de suggestions en provenance de ces quatre secteurs informés de l'opinion publique que les problèmes qui nous confrontent s'éclairciront et que nous trouverons les moyens de les résoudre.

Je ne peux prétendre passer en revue et résumer toutes les critiques et recommandations constructives formulées par ces quatre groupes pour donner un cadre aux discussions de demain. Nous serons peut-être en mesure de le faire d'ici demain soir. Ce que je peux faire ce soir, c'est quelque chose de beaucoup plus modeste et provisoire. Ce que je peux faire, c'est vous présenter en termes très généraux comment je vois la situation difficile dans laquelle nous nous trouvons et les grandes lignes d'une amélioration possible. Cette ébauche ne survivra certainement pas aux discussions de demain, mais c'est au moins un point de départ que nous pourrons modifier ou écarter au fur et à mesure que nous avancerons dans nos travaux.

Les raisons d'une nouvelle relation

Tout d'abord, il faut se rappeler la grande importance du processus d'établissement des traités. Il a été mis sur pied pour établir une relation juste et durable entre les Premières Nations, qui étaient organisées en sociétés et qui occupaient le territoire depuis des temps immémoriaux et la Couronne qui affirma sa souveraineté dès 1846. Une telle relation juste et honorable n'a jamais été établie en Colombie-Britannique. Au contraire, une relation injuste et déshonorante a été imposée unilatéralement par le système des réserves et la *Loi sur les Indiens*, sans le consentement du peuple autochtone et au mépris de ses droits. Les peuples autochtones souhaitent des relations justes et honorables depuis l'arrivée de la Couronne, mais celle-ci a éludé la question en Colombie-Britannique aussi longtemps que possible, c'est-à-dire jusqu'à l'arrêt *Calder* en 1973. Après l'arrêt *Calder*, il est devenu clair que les gouvernements fédéral et provincial avaient l'obligation morale et constitutionnelle, dans le but aussi de sauvegarder l'honneur de la Couronne, d'établir de telles relations; c'est pour cela que fut créé le processus d'établissement des traités.

Les Premières Nations, la Cour suprême, le droit international et les principes de justice de la démocratie libérale convergent pour dire qu'on ne peut pas revenir en arrière. Il faut établir des relations justes pour des raisons de légitimité constitutionnelle et démocratique, mais aussi pour des raisons pragmatiques : stabilité, amélioration des conditions sociales et économiques, capacité économique des communautés autochtones, autonomie gouvernementale des Autochtones, développement d'un cadre de travail pour les terres, l'eau, l'utilisation des ressources et la protection de l'environnement. Toutes ces raisons sont citées dans les documents de base du processus d'établissement des traités en Colombie-Britannique et continuent de nous lier. En outre, les sondages montrent que la majorité des citoyens de la Colombie-Britannique réitèrent ces raisons et souhaitent voir s'établir une relation durable.

Cette nouvelle relation entre les citoyens de la Colombie-Britannique, autochtones et non autochtones, présente trois principales caractéristiques. D'abord, il s'agira d'une relation négociée entre les Premières Nations, le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial. Deuxièmement, cette relation sera établie par des traités négociés de bonne foi, renforcée par des décisions judiciaires et fondée sur le consentement des trois parties. Enfin, le processus dans son ensemble devrait permettre de « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de la Majesté », selon les termes de la Cour suprême dans *Delgamuukw*[1]. Ce ne sont pas exactement les termes utilisés dans les premiers documents d'établissement des traités, mais ce sont les termes que nous avons utilisés au fur et à mesure que le processus se développait et que notre compréhension des droits des peuples autochtones se raffinait. Cette nouvelle relation incorpore donc une vision puissante de comment nous pouvons corriger les erreurs passées et établir un nouveau partenariat fondé à la fois sur des principes occidentaux et sur des traditions indigènes.

Si l'on s'entend largement sur les trois caractéristiques de cette nouvelle relation entre les parties, pourquoi alors le processus ne se déroule-t-il pas normalement ? Pourquoi de nombreuses Premières Nations quittent-elles la table des négociations et pourquoi les voix des Premières Nations restées à l'écart du processus gagnent-elles de plus en plus d'appui ? Pourquoi, par exemple, les chefs autochtones comme Herb George, Stewart Philip, Edward John, Phil Fontaine, Arthur Manuel et bien d'autres ont-ils pu s'entendre sur une déclaration condamnant le processus le 28 janvier 2000[2] ? Bien sûr, il existe d'importants problèmes internes au processus d'établissement des traités qui peuvent expliquer certaines des difficultés et qu'il faut résoudre. L'incertitude générée par différentes interprétations de l'arrêt *Delgamuukw* en est un autre facteur.

Toutefois, je crois qu'il existe un problème plus fondamental sous-jacent à ces difficultés internes et à la base de l'inertie et des dissensions auxquelles nous faisons face aujourd'hui. Le problème est que les participants ont deux façons différentes d'envisager le processus. Il existe une différence fondamentale dans la façon dont chacune des trois caractéristiques

susmentionnées est comprise par les peuples autochtones d'une part et par les gouvernements fédéral et provincial de l'autre. Plus j'entends les négociateurs autochtones, provinciaux et fédéraux, plus je suis persuadé que les différences de vision sont à la source de nombreuses difficultés. Ces deux visions ont besoin d'être comprises et étudiées dans le forum de demain, si nous voulons reformuler le processus d'établissement des traités d'une façon qui soit acceptable pour tous et qui nous permette de nous orienter vers la réconciliation.

Deux visions différentes du processus d'établissement des traités

Permettez-moi d'esquisser brièvement ce que je considère être les principales différences pour chacune des caractéristiques du processus d'établissement des traités : la relation, le processus lui-même et la réconciliation.

La nouvelle relation

Tout d'abord, les gouvernements fédéral et provincial se considèrent comme des représentants de l'État entrant dans un processus de négociation avec des « minorités » du Canada. Le peuple autochtone s'entend des « Premières Nations » et des « peuples autochtones » *du* Canada, comme l'énonce l'*Accord définitif Nisga'a*[3]. Cela signifie que les Premières Nations sont déjà considérées comme des minorités subordonnées et dans une forme de soumission à l'État fédéral et à la province de la Colombie-Britannique.

Pour de nombreuses Premières Nations, cela met un terme à ce que les négociations devraient précisément être – l'établissement d'une nouvelle relation entre les Premières Nations, l'État fédéral et la province de la Colombie-Britannique. Pour que cette nouvelle relation puisse faire l'objet de négociations et d'un consentement, les Premières Nations doivent être traitées dès le début comme des partenaires « égaux » aux gouvernements fédéral et provincial et non comme des « minorités » subordonnées. Ces Premières Nations se voient, elles, *comme* les

« Premières Nations » concluant des traités avec l'État fédéral et la province de la Colombie-Britannique, sur un pied d'égalité – de « nation à nation », et travaillant à l'établissement d'une nouvelle relation par la négociation de traités. Si, au contraire, elles sont traitées comme des minorités du Canada, alors les vieux liens injustes continueront à définir le processus relatif aux traités et une forme de « colonialisme » ou de « domestication » se poursuivra sans faire l'objet d'un examen. Cela signifie qu'on va éluder le *processus de décolonisation* des peuples indigènes, que le processus de négociation est censé régler, plutôt que de s'y attaquer dès le départ.

Cette vision d'un point de départ du processus d'établissement des traités qui soit juste – entre des peuples égaux – remonte dans l'histoire à l'occupation et au gouvernement de leurs territoires par les peuples autochtones, avant l'arrivée du Canada et ce, jusqu'à nos jours. Elle est confortée par le *Rapport final de la Commission royale sur les peuples autochtones*, publié après l'ouverture du processus d'établissement des traités et s'appuie aussi sur l'évolution du droit international à l'égard des peuples autochtones. On pourrait s'inspirer de ces documents pour remodeler cet aspect du processus des traités[4].

Cela ne signifie pas que les Premières Nations soient « à l'écart » du Canada. La Cour suprême a expliqué que la Constitution du Canada avait le pouvoir, en vertu du droit international, de reconnaître « à tous les peuples le droit à l'autodétermination » à l'intérieur du cadre même de la Constitution et de concilier ce droit et ceux des autres membres de la Confédération[5]. Cela signifie qu'il existe une dimension internationale du processus de négociation et, dans cette optique, si le processus d'établissement des traités doit démarrer du bon pied, il doit donc démarrer sur la base de l'égalité des peuples qui participent aux négociations.

Objet du processus d'établissement des traités

Pour les gouvernements fédéral et provincial, l'objet du processus d'établissement des traités est envisagé par rapport au contexte de la politique sur les revendications globales de 1986. Par conséquent, les peuples autochtones ayant en *common law* des

« droits ancestraux non définis » consacrés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la solution est de partir de ces droits ancestraux non définis pour aboutir à des droits bien définis dans le cadre de la Constitution. Le passage des uns aux autres se fait par négociation, comme dans *l'Accord définitif Nisga'a.* Il en résultera que les droits ancestraux non définis seront « modifiés » et « continués » dans des droits énumérés exhaustivement par traité et protégés par la Constitution. Ce processus signifiera la « renonciation » à *tous* les droits ancestraux non définis et leur « abandon ». Il apportera la « certitude » aux Premières Nations et à la Colombie-Britannique[6].

Pour de nombreuses Premières Nations, l'objet du processus d'établissement des traités est bien différent. Elles considèrent ce que je viens juste de décrire comme une forme modifiée de la politique d'« extinction » et donc comme intolérable. Elles ne considèrent pas leurs droits ancestraux comme « non définis » ou incertains. Leurs droits sont des titres sur des territoires traditionnels et des droits à l'autonomie gouvernementale en tant que nation. C'est-à-dire que leurs droits sont des droits à l'autodétermination des peuples. Ils sont, ou seront, reconnus non seulement par le droit interne, mais aussi par le droit international, par leurs propres institutions juridiques et par leurs traditions[7]. Les peuples autochtones arrivent à la table des négociations avec ces droits. Cette façon de voir entraîne trois conséquences pour la négociation des traités.

Première conséquence : les traités ne portent pas sur les droits à la terre et à l'autonomie gouvernementale des peuples. Ces droits existent déjà et « *coexistent* » grâce aux négociations, tout comme les droits de la Colombie-Britannique et du Canada *coexistent* grâce aux négociations. Ils reconnaissent que le Canada dispose de titres sur ces mêmes terres et a aussi des droits à l'autonomie gouvernementale. Là non plus n'est pas la question. Aucune des parties n'abandonne ces titres sur ses terres. C'est ce que « l'égalité » signifie. Plutôt, ce que le processus de négociation doit aborder, étant donné que les titres fonciers se chevauchent et que l'exercice des pouvoirs des gouvernements se chevauche aussi, c'est comment *partager* la terre et les pouvoirs politiques à l'intérieur de partenariats justes et honorables qui respectent

l'égalité et la coexistence des partenaires. L'objet des traités est alors d'établir une relation de *partage mutuel* entre des partenaires égaux et qui coexistent.

Les Premières Nations se fondent sur leurs 500 ans d'histoire de négociations de traité en Amérique du Nord pour considérer le processus de négociation *comme* un processus qui établit une relation de partage des terres, des ressources et des fonctions gouvernementales. Je ne pense pas que cela ait seulement effleuré les gouvernements provincial et fédéral quand le processus a été établi pour la première fois. Mais la *Commission royale sur les peuples autochtones* y a pensé et l'a indiqué dans son *Rapport* final de 1996[8]. De plus, cette vision des traités dans un esprit d'égalité et de coexistence a été utilisée par la *Commission royale* pour critiquer et demander la révision de la politique sur les revendications globales, tout comme l'ont fait plus récemment les *Treaty Seven Elders*, l'*APN*, le *Interior Alliance* et le *B.C. Summit*[9].

Je pense que les conséquences de l'arrêt *Delgamuukw* sont très importantes pour cet aspect du processus. D'après la vision fédérale et provinciale, les Premières Nations échangent des droits non définis sur des territoires traditionnels pour des droits clairement définis à des terres et à des ressources et à une indemnisation pour les territoires traditionnels qu'ils consentent à abandonner. Pour les Nisga'a, cela signifiait l'abandon de droits « non définis » sur plus de 80 p. 100 de leur territoire traditionnel. Pourquoi les Premières Nations devraient-elles accepter cela, après *Delgamuukw*, puisqu'on sait maintenant qu'elles ont un « titre exclusif » sur 100 p. 100 du territoire occupé par leurs ancêtres au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté. Évidemment, la charge de la preuve à établir sera difficile, tout comme le seront les consultations à mener et l'indemnisation à fixer, au cas où il y aurait chevauchement. Malgré cela, de nombreuses Premières Nations semblent préférer un règlement judiciaire à un règlement négocié qui leur ferait perdre de 80 à 95 p. 100 du territoire qu'elles ont traditionnellement occupé. (Et on a prétendu que la charge de la preuve pourrait être inversée[10].) Donc, même si la Cour suprême n'a certainement pas endossé la vision autochtone de coexistence et de partage, elle s'est tout de même quelque peu éloignée de la politique sur les revendications

globales pour se rapprocher d'une vision de coexistence préférée par les Premières Nations et par la *Commission royale*. Par conséquent, si les Premières Nations doivent retourner à la table des négociations, le processus doit être révisé de manière à être plus intéressant que semble l'être le règlement judiciaire. Mais alors les gouvernements fédéral et provincial risquent de croire qu'il s'agit là d'une mauvaise interprétation de *Delgamuukw*, que le fait d'aller en justice risque d'apporter une solution moins intéressante que le processus de négociation actuel[11].

Deuxième conséquence : le fait d'envisager le processus d'établissement des traités dans cette optique suscite l'intervention de tout un ensemble de rituels et de récits dans lesquels les participants expliquent aux autres qui ils sont, quelle est leur culture, quelles sont leurs traditions et leurs façons de faire, comment ils se situent par rapport à la terre et comment ils pourraient négocier et se joindre aux autres tout en respectant leurs différences. Les négociations visent la conclusion d'un traité véritablement biculturel. Il ne s'agit pas simplement d'un exercice pratique régi par un ensemble de procédures et orienté vers un intérêt, mais aussi d'un exercice pratique orienté vers des identités et visant à une compréhension mutuelle par un échange de récits. Il ne s'agit pas d'un exercice futile préalable aux négociations. Il s'agit vraiment de transformer la relation existant entre les peuples autochtones et les citoyens de la Colombie-Britannique, car c'est la seule façon de déraciner en profondeur les malentendus qui se sont installés dans la relation depuis des années. Si l'on ne peut parvenir à une compréhension mutuelle à travers les dialogues, où narrations et récits sont échangés en toute franchise, alors aucune négociation, aucun partenariat entre ces différences culturelles ne pourra produire le niveau requis de confiance et de solidarité. Et, pour renforcer le processus d'établissement des traités dans les communautés plus importantes, ce genre d'enseignement mutuel doit se propager à travers la province.

Si ces dialogues de résolution des différends sont pris au sérieux, il sera plus facile de comprendre pourquoi la vision du processus modelé sur la Politique des revendications globales est inacceptable pour de nombreuses Premières Nations. Le premier récit que les peuples autochtones racontent à ceux qui les

écoutent est celui de leur relation à leurs terres et à leurs eaux traditionnelles. Leur identité est intrinsèquement rattachée à la région écologique dans laquelle leur communauté vit depuis très longtemps. C'est ce que signifie le terme « indigène ». S'attendre à ce qu'ils abandonnent de 80 à 95 p. 100 de cela, c'est leur demander de cesser d'être Haida, Salish ou Nuu-Chah-nuulth – de cesser d'être Autochtones. Si le processus d'établissement des traités doit « réconcilier » les peuples indigènes et la Couronne, plutôt qu'assimiler les peuples indigènes à une identité non indigène, alors il doit respecter ce lien d'identité aux terres et aux eaux traditionnelles.

Troisième conséquence : envisager le processus dans cette optique, c'est négocier des traités qui sont des ententes précises, à court terme, pragmatiques et renouvelables pour résoudre des problèmes précis auxquels fait face la communauté autochtone en question. Puisqu'elles ne portent pas sur des questions immensément complexes d'abandon de larges pans de territoires traditionnels en échange de droits à des terres et à des ressources dans un langage hautement technique, ces ententes peuvent se concentrer sur des problèmes plus immédiats concernant la façon de partager et de cogérer les terres, les ressources, l'autonomie gouvernementale, la façon de bâtir une capacité ainsi que des partenariats économiques, afin de renforcer les communautés autochtones et de bâtir des liens mutuellement bénéfiques avec les communautés non autochtones voisines. Naturellement, il existe de difficiles négociations sur la question de savoir quelles sont les terres qui pourront être utilisées en exclusivité et quelle sorte de partage prévaudra pour les autres terres; par ailleurs, la pression supplémentaire d'ententes très larges, voulant tout régler une fois pour toutes, tombe. La spécificité de ces négociations de traité apporte avec elle une espèce de « *certitude* » différente et distincte; plus proche de la certitude familière des contrats d'affaires renouvelables, mais qui contraste avec la certitude d'un règlement final et définitif des droits ancestraux que le présent modèle promet mais n'a pas encore donnée, sauf dans un cas.

La réconciliation

La troisième et dernière différence entre les deux façons d'envisager le processus de négociation est la notion de « réconciliation ». À ce sujet, se rappeler que la Cour suprême a décrit comme suit le processus global de réconciliation réalisé par le processus de négociation :

> En bout de ligne, c'est grâce à des règlements négociés de bonne foi, et à des concessions mutuelles de chaque partie, renforcés par les décisions de cette cour, que nous pourrons… « réconcilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de la Majesté »[12].

Pour les gouvernements fédéral et provincial, la « réconciliation », comme nous l'avons vu, est le règlement total et définitif des droits ancestraux non définis par négociation de traités qui conduisent à un *Accord* définitif énonçant de façon exhaustive les droits visés par l'article 35. C'est le libellé de l'*Accord définitif Nisga'a* et il est précédé, en reprise, de la citation extraite de *Delgamuukw* dans le préambule.

La plupart des Premières Nations, au contraire, évoquent le processus de négociation à l'époque des premiers contacts, comme une alternative à la vision de la « réconciliation ». Pour elles, la réconciliation est une activité permanente, un processus continu de dialogue interculturel qui s'étale dans le temps entre les partenaires sur des questions d'intérêt commun. Chaque traité est négocié à l'intérieur d'un processus plus large de discussions et il est appliqué, interprété et périodiquement révisé et repoli au fur et à mesure que les choses changent et que des conséquences imprévues apparaissent. Ainsi, le processus ne finit jamais. Le processus *est* un lien de gouvernance démocratique et constitutionnelle entre les Premières Nations et les gouvernements fédéral et provincial par lequel les traités se font, se révisent, se contestent, se modifient et se renouvellent avec le temps[13].

C'est là l'une des plus grandes différences dans les façons de voir des peuples autochtones et des gouvernements fédéral et provincial, en matière de processus d'établissement de traités. Pour ces derniers, le processus se règle en y mettant fin aussi vite

et aussi efficacement que possible. Ce but a été difficile à atteindre pour les raisons que j'ai soulignées. Le processus n'apporte ni finalité, ni certitude. Il est important de se souvenir que les opposants non autochtones au processus des traités se sont entendus sur ce point fondamental avec les Premières Nations. Leur principale objection au processus est que des ententes définitives, protégées par la Constitution, ne peuvent faire l'objet de révision ou de renouvellement. Par conséquent, si le processus pouvait être révisé, davantage sur la base d'une relation démocratique permanente de réconciliation dans laquelle les parties négocieraient et renégocieraient les conditions de leur partenariat au fil du temps, il pourrait surmonter certaines des difficultés actuelles *et* gagner des deux côtés un plus large appui du public.

Je crois aussi que cette optique de la réconciliation, en tant que processus continu plutôt que fin d'un certain état de choses, est plus proche de la décision de la Cour suprême. Dans le *Renvoi relatif à la Sécession du Québec,* la Cour voit la démocratie constitutionnelle canadienne comme un système global de règles et de pratiques dans lesquelles, avec le temps, les divers membres de la Confédération canadienne « concilient unité et diversité » « au moyen de processus continus de discussions et d'évolution » conformément aux principes constitutionnels fondamentaux[14]. Ce principe général de réconciliation est sûrement le même qui fut appliqué aux Premières Nations dans l'affaire *Delgamuukw.* Il me semble que si le processus d'établissement des traités en Colombie-Britannique était révisé sur ce modèle, non seulement il pourrait fonctionner plus efficacement mais il se trouverait en même temps plus en harmonie avec l'évolution de notre démocratie constitutionnelle.

Conclusion

J'ai essayé d'esquisser brièvement les principales différences des deux visions du processus d'établissement des traités. Le conflit entre les deux est, je crois, une des causes majeures de mésentente entourant ce processus. Je suis sûr qu'on peut les formuler plus clairement que je ne l'ai fait[15]. Néanmoins, je suggère de traiter ces différences d'une façon ou d'une autre

demain, si l'on veut clarifier le processus dans lequel nous nous sommes enfoncés et envisager la possibilité de nous orienter vers la réconciliation.

Ces deux visions conflictuelles ne sont pas gravées dans le béton. Il est possible d'apprendre à connaître les forces et les faiblesses de chacun et de les modifier en conséquence. Elles n'ont pas besoin d'être entièrement irréconciliables. Il est tout à fait plausible d'imaginer, en définitive, un moyen terme, suffisamment souple pour que les participants retiennent ce qui est fondamental pour eux dans chacune des visions modifiées et être encore capables de négocier ensemble, de bonne foi, des ententes justes et honorables. Cela constituerait non seulement une étape *vers* la réconciliation, mais aussi une étape *de* la réconciliation.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

[1] *Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique,* [1997] 3 R.C.S. 1010 [ci-après Delgamuukw] réédité dans S. Persky, *Delgamuukw: The Supreme Court of Canada Decision on Aboriginal Title*, Vancouver (C.-B.), Douglas, MacIntyre, 1998, para. 168.

[2] *"Statement of The Assembly of First Nations, including the Union of B.C. Indian Chiefs, the Interior Alliance and the First Nations Summit"*, publiée le vendredi 28 janvier 2000.

[3] Le gouvernement du Canada, le gouvernement de la Colombie-Britannique et la nation Nisga'a, *Accord définitif Nisga'a,* Victoria (C.-B.), Ministry of Aboriginal Affairs, 1998, Préambule, clauses 2, 3 et 6, p.1 [ci-après *Accord définitif Nisga'a*].

[4] Pour ces documents, voir Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Une relation à redéfinir,* 1e partie, vol. 2, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, aux pp.182-269 [ci-après *Une relation à redéfinir*].

[5] *Renvoi relatif à la Sécession du Québec,* [1998] 2 R.C.S. 217, para. 109-136 [ci-après Renvoi sur la Sécession du Québec]. Pour une importante discussion de ces paragraphes, voir J. Borrows, "Remise en cause du titre du Canada sur les terres : les peuples autochtones et la primauté du droit", dans le présent volume.

[6] *Accord définitif Nisga'a, supra* note 3, clauses 22-29, pp. 22-24.

[7] Par exemple, S.H. Venne, *Our Elders Understand Our Rights: Evolving International Law Regarding Indigenous Rights,* Penticton (C.-B.), Theytus Books, 1998.

[8] Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Un passé, un avenir,* vol. 1, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1996, pp. 741-761.

[9] Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence,* Ottawa, Groupe Communication Canada, 1993.

[10] K. McNeil, "The Onus of Proof of Aboriginal Title" [à être publié dans Osgoode Hall L.J.].

[11] Ceci a été suggéré par G. Dacks dans "Litigation and Public Policy: Lessons from the Delgamuukw Decision", document présenté à la réunion annuelle mixte de l'Association canadienne de science politique et de la Société québécoise de science politique et de la Société québécoise de science politique, Québec, 1er août 2000.

[12] *Delgamuukw, supra* note 1, para. 186.

[13] *Une relation à redéfinir, supra* note 4 aux pp. 11-116.

[14] *Renvoi sur la Sécession du Québec, supra* note 5, para. 32-82.

[15] Pour une importante formulation à venir de ces différences, voir T. Alfred, "Deconstructing the British Columbia Treaty Process", document préparé pour l'Assemblée des Premières Nations, août 2000.

L'histoire dans l'angle mort de la vision du droit constitutionnel canadien

Andrée Lajoie

Andrée Lajoie enseigne le droit au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. Elle a écrit plusieurs ouvrages portant sur le droit et la société, et a reçu de nombreuses distinctions pour la qualité de ses travaux de recherche. Elle a notamment agi à titre de conseillère spéciale auprès de la Commission royale sur les peuples autochtones, et a en outre siégé à titre de membre du Comité consultatif en droit administratif auprès de la Commission de réforme du droit du Canada. Madame Lajoie est également membre du Conseil consultatif de la Commission du droit du Canada.

Ce n'est probablement pas complètement innocent de la part de Rod Macdonald de m'avoir inscrite à la première séance d'un colloque qui a pour titre : *Parlons franchement à propos des traités*, compte tenu de ma réputation de dire ce que je considère être la vérité – car, comme on le verra dans la suite de mon exposé, pour moi il est hors de question de prétendre qu'il n'y en ait qu'une seule – non seulement au pouvoir, mais à tout un chacun, à tort comme à raison. C'est dire comme je suis heureuse de cet encouragement à être parfaitement moi-même parmi vous, sans contrainte, en imaginant au surplus que cela vous sera utile...

Si donc le titre du colloque fait mon bonheur, je suis moins à l'aise avec celui dont on a coiffé cette session : *Historical **and** Constitutional Perspective,* où le « and » me paraît antinomique. Car la perspective constitutionnelle au Canada, surtout judiciaire mais en grande partie gouvernementale aussi, ne me paraît justement pas tenir compte de l'histoire, dont elle aurait pourtant tout avantage à retenir les leçons. Je vous dirai d'entrée de jeu que je ne crois pas que ce soit là un hasard, ni que je m'illusionne sur les possibilités de changement à cet égard. Mais enfin, peut-être y a-t-il une lueur d'espoir justement dans le fait que nous soyons réunis ici, avec les chefs-négociateurs du Canada et de la Colombie-Britannique présumément ouverts à nos propos. C'est dans cet esprit que j'aborderai successivement les enseignements de l'histoire, en les adressant surtout aux juges et aux décideurs politiques canadiens, avant de récapituler ceux du droit constitutionnel, afin de permettre aux négociateurs autochtones d'en tenir compte, pour conclure sur les perspectives d'avenir.

Les enseignements de l'histoire : la survivance du pluralisme juridique

Il pourrait paraître prétentieux de ma part, moi qui ne suis pas historienne, de vous proposer ma lecture des enseignements de l'histoire du Canada en matière autochtone, et je me garderais bien de le faire si je n'avais travaillé longuement avec des collègues historiens sur le statut des Autochtones au Québec et, par ailleurs, profité brièvement des lumières de mon collègue Borrows sur la situation en Colombie-Britannique.

Si j'ai été bonne élève, il s'agirait dans les deux cas, à tout le moins au présent, d'une situation analogue, résultant d'une pure colonisation, sans conquête, ni cession. Au Québec en effet, avant celui de la Baie James, aucun traité n'avait été signé avec aucun groupe autochtone, sauf les traités d'alliance survenus durant le Régime français, alors que le colonisateur s'était intégré aux alliances déjà établies par les Autochtones, pour des fins de défense militaire, et sans qu'aucune cession de territoire ou de pouvoir politique n'ait eu lieu. Si ma compréhension de ce qui s'est passé ici est juste, la situation en Colombie-Britannique, mise à part l'aire d'application du *Traité Nisga'a*, serait la même pour 99 p. 100 du territoire, dont le 1 p. 100 restant serait constitué de l'enclave de Peace River, incluse dans l'aire d'application du *Traité n° 8*, principalement située en Alberta et dans les Territoires du Nord-Ouest, et d'une petite superficie de l'Île de Vancouver, sujette à des traités de *Peace and Friendship*, sur lesquelles aucune cession ne serait intervenue non plus. Je vais donc m'autoriser de cette analogie pour suggérer que les conclusions juridiques auxquelles nous en étions arrivés au terme d'une étude, effectuée pour la Commission Dussault-Erasmus, sur la situation des Autochtones au Québec[1], sont en grande partie transposables en Colombie-Britannique, malgré des différences qui devront être cernées, le cas échéant.

La colonisation européenne est plus ancienne au Québec qu'ailleurs au Canada, mais elle s'y est effectuée sur un mode moins hégémonique. En effet, tout au long du Régime français, les

Autochtones et les Français ont vécu côte à côte sur un territoire qu'ils occupaient en vertu de représentations symboliques différentes, mais concurremment compatibles, matérialisées dans des traités d'alliance sans concessions territoriales de la part des Autochones. Incorporées dans des ordres juridiques distincts, les règles qui traduisaient ces conceptions du rapport au sol, l'étaient encore au moment du passage au Régime britannique. Car, en l'absence de conquête militaire, aucun acte posé par les Autochtones ne signifiait pour eux la subordination collective d'aucune de leurs Nations, ni ne permettait par conséquent de conclure que les ordres juridiques autochtones et français se seraient fusionnés. Le territoire québécois arrive donc au régime britannique dans une situation juridique neutre à cet égard, et la Proclamation royale s'y appliquera comme ailleurs.

Qu'en est-il, dès lors, deux siècles plus tard, de ces ordres juridiques, alors autonomes, du statut et des droits qu'ils définissaient pour les peuples autochtones ?

Des faits et des lois se sont succédés dont la portée n'est pas facile à apprécier, d'autant plus qu'on ne peut cerner aisément non plus quels critères successifs le droit international a reconnus au fil des ans et jusqu'à maintenant pour déterminer ce qui compte comme un acte de sujétion d'un peuple ou comme preuve de fusion d'ordres juridiques antérieurement distincts...

Des faits, tout d'abord, militaires, démographiques et économiques, qui peuvent avoir une signification politique, mais dont les effets juridiques ne sont pas clairs. Les Autochtones apparaissent pour la dernière fois à côté des Britanniques comme alliés lors de la guerre américaine de 1812, après quoi leur appui militaire n'est plus nécessaire au maintien de la colonie. Le rapport démographique continue d'évoluer au détriment des Autochtones jusqu'à son seuil actuel d'environ 2,8 p. 100 de la population canadienne. Enfin, la dépendance économique, comme l'ont prouvé abondamment et tristement les audiences publiques de la Commission Dussault-Erasmus, s'accentue elle aussi. Mais en contrepartie, un nouveau rapport de forces,

favorable aux peuples autochtones, s'élabore, appuyé notamment sur l'opinion internationale.

Viennent ensuite des lois constitutionnelles et internes. Dans les lois constitutionnelles qui se sont succédées – en 1774, 1791 et 1840 – jusqu'à la Confédération, aucune mention du statut ou des droits des peuples autochtones ni, non plus, aucune loi interne qui affecte, au Québec, la base pluraliste de ce statut ou de ces droits. Puis en 1867, une attribution au Parlement fédéral de la compétence législative sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens[2], qui va s'appliquer également à la Colombie-Britannique à partir de son entrée dans la Confédération quelques années plus tard en 1871[3]. À cette époque, le Québec où seuls des traités d'alliance ont été signés sous le Régime français, et la Colombie-Britannique, qui vient de signer en 1850 les traités de *Peace and Friendship*, se trouvent donc dans la même situation juridique en ce qui concerne le statut des Autochtones.

D'autres lois internes ont été adoptées depuis, dont le repérage même, avant toute interprétation, est moins simple, ne serait-ce qu'en fonction de déterminer quels textes concernent indirectement les questions autochtones.

Au Québec, aucune d'entre celles que nous avons trouvées n'affectaient la base pluraliste de ce statut et de ces droits. Les délais impartis pour préparer ce colloque ne m'ont pas permis de procéder aux recherches nécessaires pour identifier celles qui auraient pu affecter la situation en Colombie-Britannique, et il faudrait procéder à cette même vérification pour s'assurer que le résultat est le même ici, ou constater d'éventuelles différences. Mais ce qui compte, c'est que, dans un cas comme dans l'autre, toutes ces lois ne sauraient avoir d'effets que lues dans l'ordre juridique canadien, à moins que les ordres juridiques autochtones ne se soient fusionnés avec le système juridique canadien.

Or, pour répondre à cette question préalable, il faudrait, Nation par Nation, établir – à partir de recherches en anthropologie du droit – l'existence d'un ordre juridique d'origine, et son maintien par la suite. Mais nous n'avons même pas de critères pour baliser

cette recherche : le respect par les individus de la *Loi sur les Indiens*[4] en ce qui a trait à l'élection des Conseils de bande, l'exercice du droit de vote aux élections fédérales et provinciales, l'acceptation de subsides et de subventions de toutes sortes, constituent-ils des actes de soumission politique collective imputables aux divers peuples autochtones ?

Resurgit la question, centrale à la définition du droit : à partir de quand le comportement individuel constant devient-il normatif ? Question de nombre ? de caractère collectif du consentement ? À quoi le reconnaît-on et qui (combien) décide(nt) à quels critères on le reconnaîtra ? Ce n'est donc qu'au terme de toutes ces recherches – théoriques et empiriques, en droit constitutionnel, en théorie et en anthropologie du droit – que l'on pourrait jeter un meilleur éclairage sur le statut juridique contemporain des peuples autochtones, au Québec comme en Colombie-Britannique. Encore faudrait-il avoir la modestie et l'honnêteté de reconnaître que les réponses proposées seraient, elles aussi, le produit socialement et historiquement orienté de leurs auteurs ? « L'histoire ne sera jamais scientifique » : c'est Paul Veyne, un historien du Collège de France qui l'écrit[5]. Le droit encore moins, si c'est possible, serions-nous tentés d'ajouter.

Dans ces circonstances et compte tenu de l'incertitude que nous venons de décrire, le pari le moins irrationnel consiste à postuler la survivance des ordres juridiques autochtones originels, à moins de preuve de fusion ou de disparition, par conquête ou soumission, donc la présence d'un pluralisme extra-étatique. Bref, la coexistence *de facto* de l'ordre juridique canadien et de ceux des différentes nations autochtones.

Mais il faut comprendre qu'il s'agit là d'une représentation de la réalité peu conforme aux attentes d'un État-nation normalement constitué, et moins encore de ses tribunaux, gardiens du droit, que de ses instances politiques, contraintes à un plus grand réalisme par les exigences de la négociation.

Le produit constitutionnel : le déni des leçons de l'histoire

L'interprétation constitutionnelle, au Canada comme ailleurs, se matérialise aussi bien dans le discours judiciaire véhiculé par la jurisprudence que dans la pratique politique résultant des négociations. Ni l'un ni l'autre n'ont intégré le pluralisme juridique extra-étatique qui résulte de cette lecture de l'histoire, et ce n'est pas à cet auditoire que je l'apprendrai... Mais il est utile de rafraîchir notre mémoire collective.

S'agissant d'abord du pouvoir judiciaire, malgré sa réputation auprès du grand public qui en fait le champion des droits autochtones, la Cour suprême non seulement n'a pas tiré les conséquences de ce pluralisme extra-étatique, mais s'est au contraire montrée systématiquement fermée à l'affirmation des droits politiques des Autochtones.

Ainsi, invitée dans *Pamajewon*[6] à reconnaître l'ensemble des compétences qui caractérisent l'autodétermination comme incluse dans les droits ancestraux constitutionnalisés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elle a refusé d'entériner même l'existence du pluralisme intra-étatique atténué que la Commission Dussault-Erasmus avait affirmé, alléguant que la reconnaissance de chaque pouvoir devrait être individuellement examinée dans le contexte des circonstances où il s'inscrirait. S'agissant par ailleurs justement de ces pouvoirs politiques pris individuellement, elle les a examinés un à un, dans leur contexte respectif, pour... les refuser à chaque fois, qu'il se soit agi d'abord bien sûr du pouvoir de taxer[7] ou de l'autonomie à l'égard de la législation provinciale sur le travail[8] et sur les jeux de hasard[9], mais même aussi des droits politiques des Autochtones traditionnels[10], des femmes autochtones[11] ou des parents naturels des enfants autochtones[12].

Ainsi, sur les 11 décisions que la Cour a rendues dans des pourvois autochtones en matière proprement politique, les trois seules concessions faites aux Autochtones se situent dans le domaine de la reconnaissance de l'identité autochtone de certains

groupes : « eskimos »[13] et autochtones hors réserves[14], ou de leur égalité avec les non-Autochtones en matière criminelle[15]. Cette prédominance des défaites judiciaires autochtones en ce qui concerne les droits politiques contraste avec l'accueil de la Cour à l'égard de leurs droits économiques, pour lesquels les victoires, si mitigées soient-elles, égalent presque les défaites[16], contrairement au sort qu'elle a réservé aux minorités sociales – les femmes, les gais, les lesbiennes – auxquelles elle n'a jamais attribué de fonds publics[17].

On peut imaginer que, consciente de l'impact éventuel des réclamations de pouvoirs et de territoire dont les Autochtones sont porteurs, la Cour soit prête à offrir en *quid pro quo* l'affirmation – une affirmation de principe, le plus souvent, bien sûr – de droits économiques, y compris sous forme de ressources, quitte à retirer d'une main ce qu'elle n'a pas encore lâché de l'autre...

De cela, je ne donnerai qu'un exemple parmi tous ceux que l'on pourrait invoquer depuis la création de la Cour[18] : celui de *Delgamuukw*[19], où – chacun ici en est bien conscient – la Cour n'a autorisé les preuves orales à l'égard de l'étendue de territoires sur lesquels elle a reconnu des droits de « quasi »-propriété qu'en prenant bien soin de mentionner du même souffle que ces droits n'incluent pas le choix d'une utilisation incompatible avec leur destination originelle... réservée, le cas échéant, à la Couronne. Plus cynique que ça, tu meurs!

Bref, pour les Autochtones, ni l'obtention du pouvoir politique ni la maîtrise du territoire ne sont des objectifs atteignables par le truchement des tribunaux qui – c'est bien normal : État-nation oblige – en préserveront l'intégrité pour l'État canadien dont ils sont partie intégrante, au nom de la *rule of law* et de la souveraineté canadienne.

Dans ces circonstances, les Autochtones peuvent-ils espérer mieux des ententes que la pratique constitutionnelle a produites au terme (si c'est de cela qu'il s'agit) de négociations permanentes, d'ailleurs encouragées par les tribunaux, dont c'est peut-être

l'apport le plus utile ? Si le passé est garant de l'avenir, la réponse est : un peu mieux...

Car la frontière de la double reconnaissance aux Autochtones du pouvoir politique et de la maîtrise du territoire, absolue pour les tribunaux, sera franchie par les acteurs politiques, du moins d'une certaine manière, c'est-à-dire jamais sur les deux plans en même temps, et toujours en réaffirmant la souveraineté canadienne...

Ainsi, des pouvoirs politiques de la nature de compétences normatives ont été reconnus à divers reprises à différentes communautés autochtones. À titre d'exemple, récemment une loi fédérale est venue intégrer dans le droit canadien un *Accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières Nations* [20], auquel les Conseils de bande autochtones du Canada sont libres de se rallier et qui prévoit la gestion des terres autochtones par les Premières Nations qui auront adopté au préalable un code foncier applicable à leurs territoires respectifs et portant sur les matières désignées par l'*Accord*. De même, une *Déclaration de compréhension et de respect mutuel*, une *Entente-cadre* et 10 *Ententes sectorielles* ont été conclues entre le Québec et les Mohawks de Kahnawake, portant respectivement sur trois domaines : l'application des lois[21], certaines questions de droit civil[22] et certaines questions économiques[23], qui prévoient pour l'avenir, sur la réserve de Kahnawake, soit la substitution des normes mohawks au droit québécois, soit la coordination de ces deux sources de normativité.

Il s'agit dans ces deux cas d'ententes limitées au plan territorial – la première aux territoires contrôlés par les Conseils de bande signataires de l'*Accord*, les secondes au territoire de Kahnawake – et au plan des compétences – la première à la gestion foncière, la seconde aux 10 matières déjà régies et à celles qui pourront s'y ajouter. Les deux autres ententes ont une portée normative plus large : il s'agit du *Traité Nisga'a*[24] et de l'*Accord entre les Inuits du Nunavut et sa Majesté la Reine du chef du Canada*[25], qui incluront à terme la plupart des compétences liées à l'autodétermination interne.

Mais ces gains au plan politique ne vont pas sans échange compensatoire : le traité consenti aux Nisga'a est constitutionnalisé aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais les pouvoirs qu'il confère ne seront exercés que par les Nisga'a et non par tous les habitants du territoire, alors que celui du Nunavut, qui vise tous les habitants du territoire, n'est pas constitutionnalisé. Les deux sont conclus sous réserve de l'application résiduaire du droit du Canada, dont les compétences externes et la souveraineté internationale demeurent intactes, et les exceptions antérieurement concédées aux Nisga'a en matière d'impôts seront annulées à terme.

Bref, sauf à Kahnawake, où le Québec a remis des pouvoirs de taxation aux Mohawks sans leur retirer quoique ce soit et en leur accordant, au contraire, des subventions, tout se passe comme si le *quid pro quo* consenti par les tribunaux était inversé par les acteurs politiques et les avantages fiscaux annulés en contrepartie de l'augmentation des pouvoirs politiques reconnus[26]. Bref, comme si les Autochtones devaient choisir entre leurs droits politiques et des avantages économiques dont il ne faut pas oublier le rôle qu'ils jouent dans des équilibres précaires...

La morale de cette histoire, c'est que cette histoire n'est pas morale, mais politique... et régie par des règles politiques, à savoir principalement le rapport de forces et la bonne foi.

Le rapport de forces, d'abord : on me trouvera cynique sans doute même d'y référer et plus encore de le faire en premier lieu. Mais l'occulter est impossible, et le minimiser relèverait de l'irréalisme sinon du manque d'intégrité : il ne s'agirait pas en tous cas de « parler franchement à propos des traités ». J'y viens donc.

Tant que les Autochtones étaient les plus nombreux sur un territoire où les colons, contents de commercer, ne s'étaient pas encore véritablement établis, et contrôlaient mieux que les arrivants les connaissances nécessaires pour survivre ici, ils ont dominé jusqu'à un certain point le rapport de forces. Pourtant, déjà à cette époque, leur méconnaissance de la valeur des biens que les Européens leur offraient en échange des fourrures les a

empêchés de dicter les termes de l'échange, dès lors exploiteur. L'inversion du rapport démographique et l'évolution du capitalisme ont fait le reste pour infléchir ce rapport en leur défaveur croissante, jusqu'à son redressement partiel et récent, dont les effets, si modérés soient-ils, se font sentir devant le forum aussi bien judiciaire que politique.

Devant les tribunaux, d'abord, où la proportion des victoires autochtones, incluant certes des victoires partielles et mitigées, a quand même atteint 50 p. 100 depuis 1990, en hausse sur les deux décennies précédentes (36 p. 100 entre 1970 et 1980, et 37,5 p. 100 entre 1980 et 1990), donnant récemment aux intervenants autochtones l'impression d'une plus grande ouverture[27]. Dans les négociations, également, avec les acteurs politiques, qui se chiffraient en 1998 à plus de 80 pour les seuls pourparlers alors engagés sur l'autonomie gouvernementale entre les Autochtones et le gouvernement du Canada[28], sans parler des provinces, et dont certaines ont donné des résultats utiles, comme je viens de l'illustrer.

Il est clair que dans les deux cas, le rapport de forces a joué : car pourquoi les tribunaux auraient-ils accordé aux Autochtones des fonds publics et des exemptions fiscales analogues à ce qu'ils refusent aux minorités sociales, sinon pour temporiser leurs réclamations politiques et territoriales qui, précisément, ne peuvent pas faire partie de l'arsenal normal des minorités sociales ? Pour obtenir le moins, il faut pouvoir réclamer le plus : c'est la règle la plus élémentaire des négociations, dans tous les domaines. De même, au plan de l'autonomie territoriale, les acteurs politiques canadiens ont dû jeter du lest, et le ton comme la durée des négociations montrent bien qu'ils n'ont pas devancé les désirs de leurs interlocuteurs. Pourtant, ce n'est pas non plus par hasard qu'ils ont cédé même le peu que l'on sait : comment ce rapport de forces est-il donc en train de se renverser en faveur des Autochtones, après une éclipse aussi longue ?

À mon avis, à travers deux mécanismes qui n'en font qu'un, dans la mesure où ils influencent tous les deux le produit politique final, il s'agit des pressions qui résultent des stratégies judiciaires

internes aussi bien que politiques au plan international, relayées l'une comme l'autre par l'opinion publique. Tout d'abord, avec beaucoup de réalisme, les intervenants et les groupes représentatifs autochtones ont pris la mesure de l'utilité des tribunaux, non pas comme arbitre final des conflits, mais à la fois comme occasion de publiciser leurs demandes auprès des médias, et comme voie d'accès aux négociations politiques[29], auxquelles les juges ne manquent pas de retourner les parties, même expressément[30]. De même, ils ont investi dans le forum international, notamment par le truchement du *Groupe de travail sur les populations autochtones* instauré par la *Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités* de la *Commission des droits de l'homme* du *Conseil économique et social* de *l'ONU* où, à travers les procédés de la narrativité[31], ils ont d'abord conforté leur identité, puis promu leurs revendications[32].

Il s'agit de démarches dont le succès est lié notamment au développement d'une société civile internationale, dont on a pu observer le déploiement, dans un autre domaine, à Seattle récemment. Ce développement est d'autant plus significatif que les ONG opposées à l'OMC ont publiquement affirmé l'importance, pour leur organisation collective, des groupes environnementaux, eux aussi liés aux Autochtones au plan international. En termes de théorie du droit, on pourrait dire qu'il s'agit de l'émergence d'un auditoire universel international, au sens que Perelman donne à cette expression[33], c'est-à-dire d'une communauté internationale de référence en ce qui concerne les valeurs qui peuvent s'imposer au droit qui se construit.

En termes plus clairs, les chances sont grandes pour que les gouvernements nationaux doivent dans l'avenir tenir de plus en plus compte de tels éléments dans l'élaboration et l'application de leurs politiques, aux Autochones comme aux autres citoyens.

Mais il ne faut pas se leurrer : ce rapport de forces qui s'égalisent est fragile, et son maintien dépend du réalisme avec lequel les intéressés en prendront, de part et d'autre, la mesure. Si les négociateurs autochtones ne tenaient pas compte de l'impératif

d'autosuffisance économique qui sous-tend la possibilité d'autodétermination politique, ils se leurreraient et, à terme, perdraient l'avantage qu'ils continuent de gagner au prix de tant d'efforts. Mais si leurs vis-à-vis canadiens, fédéraux ou représentants des provinces, continuaient de faire comme si le pluralisme juridique était disparu de la scène canadienne – à une époque et au gré d'événements qu'ils seraient bien en peine d'identifier – ils se retrouveraient rapidement au ban de l'opinion publique internationale et peut-être aux prises avec des événements qu'ils ne souhaitent pas.

Ce n'est donc pas au nom de la morale – je l'ai déjà dit, cette histoire n'est pas morale – mais dans leur intérêt respectif, qu'il faut recommander aux uns comme aux autres la bonne foi, non seulement dans la recherche de solutions politiques imaginatives, mais aussi dans celle de propositions de développement économique des collectivités autochtones. Les premières ne devraient exclure aucune formule valable, depuis l'indépendance de groupes clairement autonomes, jusqu'à des régimes inspirés de la personnalité des lois, en passant par toutes les architectures de pouvoir susceptibles de matérialiser la pluralité des intérêts en jeu. Les secondes auraient intérêt à reconnaître comme des mutations contemporaines du rapport autochtone à la terre et aux ressources, des activités collectives de développement économique que les tribunaux ont eu tendance à considérer comme des empiétements sur la compétence des provinces, ou même des infractions criminelles – je pense aux casinos, pour ne citer que cet exemple. Aussi difficile que cela paraisse en cette ère de néo-libéralisme, il y a lieu de se souvenir que l'autosuffisance traditionnelle des Autochtones était fondée au contraire sur des activités collectives, organisées dans la solidarité par une autorité non hiérarchique. Qui dira que nous avons fait mieux depuis ?

L'oublier serait aussi grave pour les négociateurs que, pour les tribunaux, de continuer à refuser la leçon pluraliste de l'histoire : vous l'aurez constaté, ce n'est pas le fait que cette histoire n'est pas morale qui m'a empêchée de vous faire la morale... Ma seule excuse réside dans les conséquences éventuelles du retour du

refoulé, auquel le champ politique, c'est bien connu, n'échappe pas plus que les individus...

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

[1] A. Lajoie, J.M. Brisson, S. Normand et A. Bissonnette, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville (Qué.), Les Éditions Yvon Blais, 1996, dont je résume ici les conclusions en reprenant certains passages.

[2] *Loi constitutionnelle de 1867*, (R.U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 5, art. 91, nº 24.

[3] *Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1871*, 34 & 35 Vict., c. 28, *Actes concernant l'établissement des provinces dans le Dominion du Canada.*

[4] L.R.C. (1985), c. I-5. Pour un historique de cette législation, voir Canada, Centre de recherche historique et d'étude des traités, *Historique de la Loi sur les Indiens*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes, Ottawa, 1980.

[5] P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1971, repris dans la Collection Points, 1993, aux pp. 117-122.

[6] R. c. *Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821 [ci-après Pamajewon].

[7] *Première Nation de Westbank* c. *British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134 *Bande indienne de St Mary's* c. *Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657.

[8] *Four B Manufacturing Co. Limited* c. *Les travailleurs unis du vêtement d'Amérique et la Commission des relations de travail de l'Ontario*, [1980] 1 R.C.S. 1031.

[9] *Pamajewon*, *supra* note 6.

[10] *Davey* c. *Isaac*, [1977] 2 R.C.S. 897.

[11] *P.G. du Canada* c. *Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Association des femmes autochtones du Canada* c. *Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627.

[12] *Les parents naturels* c. *Superintendent of Child Welfare et les requérants en adoption*, [1976] 2 R.C.S. 751, où le droit, reconnu en principe, n'a pas trouvé application dans les faits.

[13] *Re Eskimos*, [1939] R.C.S. 105.

[14] *Corbière* c. *Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203.

[15] R. c. *Drybones*, [1970] R.C.S. 282.

[16] Je ne reviendrai pas davantage ici sur la démonstration que nous en avons faite dans A. Lajoie, E. Gélineau, I. Duplessis et G. Rocher, « L'intégration des valeurs et des intérêts autochtones dans le droit canadien », [à paraître en 2000], dont je reprends par ailleurs en gros certaines conclusions [ci-après « L'intégration des valeurs… ».] Qu'il suffise de dire que sur 37 décisions que nous avons identifiées comme portant sur des droits économiques – principalement de chasse et de pêche – on compte 18 victoires, si mitigées que soient certaines d'entre elles...

[17] Voir : A. Lajoie, E. Gélineau, R. Janda, « When silence is no longer acquiescence: gays and lesbians under Canadian law », (1999) 14 *R.C.D.S.* 101-126; A. Lajoie, M.-C. Gervais, E. Gélineau et R. Janda, « La majorité marginalisée : le trajet des valeurs des femmes vers le forum judiciaire et leur intégration dans le discours de la Cour suprême », [à paraître dans *R.J.T.* en 2000].

[18] Pour une liste plus complète, sinon exhaustive, voir : « L'intégration des valeurs … », *supra* note 16.

[19] *Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 [ci-après *Delgamuukw*].

[20] Entériné par la *Loi portant ratification de l'Accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières Nations et visant sa prise d'effet*, L.C. 1999, c. 24.

[21] Ententes sur les services de police, sur l'administration de la justice, sur les permis d'alcool, sur les sports de combat.

[22] Ententes sur l'enregistrement des naissances, des mariages et des décès, sur les services à la petite enfance.

[23] Ententes sur le développement économique, sur la fiscalité des services et des biens de consommation, sur la fiscalité du tabac, des carburants et des boissons alcooliques, sur les transports et les droits d'usage.

[24] Fédéral, P.L.C. 108, *Loi portant mise en vigueur de l'Accord définitif Nisga'a*, 2e sess., 36e Parl. (adopté le 13 décembre 1999).

[25] *Agreement between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty the Queen in Right of Canada*, ratifié par la *Loi modifiant la Loi sur le Nunavut et la Loi constitutionnelle de 1867*, L.C. 1998, c. 15.

[26] Car les exigences imposées pour la reconnaissance aux Conseils de bande des pouvoirs de gestion foncière par la *Loi portant ratification de l'Accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières Nations et visant sa prise d'effet*, précitée, note 20, en ce qui concerne l'adoption de normes portant notamment sur

l'aliénation des immeubles, étrangère aux coutumes autochtones, équivaut à une contrepartie peut-être aussi importante que l'annulation des exemptions d'impôt.

[27] « L'intégration des valeurs ... », *supra* note 16.

[28] Selon la déclaration de B. Watts, sous-ministre adjoint aux Affaires autochtones, dans le cadre du *Goupe de travail sur les populations autochtones* aux Nations Unies à Genève, 16e sess., le 28 juillet 1998 : « Revue des faits nouveaux touchant la promotion et la protection des droits de la personne et des libertés fondamentales des populations autochtones ».

[29] Voir le résultat de nos entrevues rapporté dans « L'intégration des valeurs... », *supra* note 16.

[30] Notamment dans *Delgamuukw, supra* note 19.

[31] Sur la narrativité, voir, entre autres : I. S. Papadopoulos, « Guerre et paix en droit et littérature », (1999) 42 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 181 (Bruxelles), R. Delgado, « Storytelling for Oppositionnists and Others: A Plea for Narrative », (1989) 87 *Mich. L. Rev.* 2411; et « Shadowboxing : An Essay on Power », (1992) 77 *Cornell L. Rev.* 813.

[32] Voir : I. Duplessis, « Quand les histoires se font globales : l'exemple de l'internationalisation des revendications autochtones », [à paraître dans la revue *Droit et Cultures* en novembre 2000].

[33] C. Perelman, en coll. avec P. Foriers, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978.

Remise en cause du titre du Canada sur les terres : la primauté du droit, les peuples Autochtones et le colonialisme

John Borrows

John Borrows, B.A., M.A., LL.B., LL.M. (Toronto), D.Jur. (Osgoode Hall), est professeur à la faculté de Droit de l'Université de Toronto. Auparavant, il enseignait le droit à la faculté de Droit de l'Université de la Colombie-Britannique, où il était également directeur du programme d'études sur les Premières Nations. Il a également été professeur à la faculté de Droit Osgoode Hall, où il occupait notamment le poste de directeur du programme d'études intensives sur les questions des terres, des ressources et des gouvernements des Premières Nations. Il enseigne en outre le droit constitutionnel, le droit autochtone, le droit des ressources naturelles et de l'environnement, et le droit de la planification de l'utilisation des terres. Il est un Autochtone Anishinabe/Ojibway, membre de la bande Chippewa de la Première Nation Nawash, en Ontario.

Le Canada dispose-t-il d'un titre intrinsèque sur son territoire ? Le Canada dispose-t-il d'une souveraineté exclusive sur l'ensemble du soi-disant Dominion ? Ces postulats sont contestables quand on examine les principes les plus fondamentaux sous-jacents au concept canadien de primauté du droit. D'un point de vue juridique autochtone, le Canada n'a pas de titre intrinsèque ni de souveraineté dominante sur les territoires traditionnels des Autochtones. Les tribunaux canadiens n'ont pas explicitement exploré les principes de la primauté du droit ni les perpectives autochtones sur la question de la souveraineté de la Couronne et du titre. Ils ont acquiescé sans critiquer aux proclamations de la Couronne affirmant que cette souveraineté et ce titre, partout au pays, lui appartenaient. Pourtant, la primauté du droit dans d'autres contextes et les points de vue autochtones sur la question ne viennent pas étayer les conclusions de la Couronne.

Une application stricte de la primauté du droit à l'affirmation par la Couronne d'un titre à l'étendue du pays signifierait que les peuples autochtones[1] bénéficient de ce droit même que revendique la Couronne. Pour le plus haut tribunal du pays, la primauté du droit est « au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire »[2]. La Cour suprême a également écrit que la primauté du droit exige « la création et le maintien d'un

ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif »[3]. Quand on examine les prétentions du Canada au titre intrinsèque et à la souveraineté sur tout le territoire qu'il proclame être sien, il est évident que ces prétentions violent les deux principes fondamentaux de la primauté du droit. Les revendications de la Couronne sont arbitraires, celle-ci ayant invalidé de façon substantielle les droits des peuples autochtones aux territoires sans qu'il y ait eu consentement éclairé ni explication juridique convaincante[4]. Les doctrines de la découverte[5], de la *terra nullius*[6], de la conquête[7], et de la possession adversative[8] ont toutes été réfutées par la *common law* et par les systèmes juridiques internationaux quand il s'est agi de légitimer la dépossession des peuples autochtones de leurs terres[9]. De plus, la déclaration de souveraineté du Canada sur les peuples autochtones viole aussi le second principe de la primauté du droit car, par cette déclaration, la Couronne nie la gouvernance autochtone et retire à ces groupes les éléments indispensables à l'ordre public[10]. La négation des pouvoirs de gouvernance autochtones, au moment de la création du Canada, est par conséquent contraire au second principe de la primauté du droit, en ce qu'elle détruit l'ordre normatif qui régnait au sein des communautés autochtones.

Et pourtant, la primauté du droit n'est pas le seul paradigme à avoir été enfreint par la manière dont le Canada a traité les droits ancestraux. Dans les points de vue autochtones, dans la plupart des régions du pays, on dénonce avec autant de véhémence la prétendue souveraineté dominante et le titre intrinsèque de la Couronne[11]. Les Autochtones demandent tout simplement à la Couronne de produire des preuves pour montrer qu'ils aient jamais consenti au transfert total du gouvernement de leurs terres et de tout intérêt pouvant s'y rattacher[12]. Or, les gouvernements canadiens et les tribunaux n'ont pas produit de preuves suffisamment concluantes pour convaincre les Autochtones à ce sujet[13]. Le processus d'établissement des traités, qui pour certains serait à l'origine des intérêts acquis par la Couronne, s'est montré bien défectueux. Dans presque toutes les négociations, la Couronne a fait preuve de malhonnêteté, de fourberie, de tromperie, de fraude, de mensonge et a abusé de sa situation pour

essayer d'acquérir sa part[14]. La plupart des traités ne reconnaissent pas que la Couronne ait reçu des peuples autochtones la souveraineté, ni un titre intrinsèque, sur leurs terres[15]. En outre, il existe de nombreux endroits au Canada où la Couronne n'a jamais négocié avec les peuples autochtones pour recevoir le gouvernement du territoire ni un transfert de quelque droit sur les terres[16]. La Couronne a tout simplement affirmé ces droits et agi comme si ses déclarations unilatérales avaient une portée juridique. La plupart des peuples autochtones considèrent les affirmations et les agissements de la Couronne à cet égard comme la plus grave injustice qu'ils aient jamais subie. Ils soutiennent que ni les gouvernements ni les tribunaux ne peuvent les déposséder de leurs terres ou de leurs pouvoirs de gouverner, à moins qu'ils ne consentent eux-mêmes à céder ces droits en toute connaissance de cause.

J'examinerai ici comment le concept de la primauté du droit, défini par les tribunaux canadiens, pourrait être utilisé pour contester les revendications du Canada au titre intrinsèque et à la souveraineté. Il donne à penser qu'un tel processus est nécessaire, si le Canada souhaite se conformer à ses préceptes les plus précieux de « société libre et démocratique »[17] et qu'il permettrait éventuellement, à un Canada contemporain, d'oublier son attitude colonialiste vis-à-vis des peuples autochtones et de se ranger au scepticisme autochtone vis-à-vis des affirmations de la Couronne. Il ne peut y avoir de pays véritablement juste sur un territoire volé et dirigé par un gouvernement répressif. Beaucoup pensent qu'il existe quelques justifications juridiques au déplacement des peuples autochtones. Ce n'est pas le cas. Les peuples autochtones ont en quelque sorte été illégalement et illégitimement forcés d'abandonner peu à peu leurs revendications à leurs terres et à leur gouvernement par suite des agissements arbitraires de gouvernements non autochtones[18]. Il s'agit là d'une question de justice mettant directement en cause la primauté du droit.

Si la plupart des gens au Canada se sentent à l'aise face à l'état de la nation, c'est peut-être parce qu'on fait peu de cas ou peut-être parce qu'on s'inquiète peu du fait que ce pays soit bâti sur des

liens extrêmement troubles avec les premiers propriétaires et les premiers gouvernants du pays. Beaucoup de Canadiens pensent que, puisqu'ils vivent au Canada une expérience d'équité et de justice, la plupart de ses habitants vivent la même expérience de vie[19]. Or, le Canada est un pays qui n'a pas une expérience « égale » de la justice[20]. Les peuples autochtones se sont vu refuser les droits essentiels à la propriété (titre)[21] et aux contrats (traités)[22], lesquels sont au cœur de notre système de droit privé[23]. Cela devrait préoccuper tous les Canadiens, car une défaillance de la primauté du droit dans ce secteur constitue une menace pour nos principes d'ordre fondamentaux. Si on ne peut se fier à la primauté du droit pour, dans le cas des peuples autochtones, surmonter l'exploitation politique et économique, quelles garanties avons-nous que le maintien de la primauté du droit ne deviendra pas tout aussi vulnérable dans des situations mettant en cause des Canadiens non autochtones ? Les peuples autochtones risquent de jouer le rôle du canari des mineurs. Quand le plus vulnérable d'entre nous commence à souffrir des toxines présentes dans notre environnement juridique, c'est un avertissement important pour la santé générale du climat juridique. Les droits et les libertés protégés par la primauté du droit peuvent être très fragiles et nous devons faire très attention à ce qu'un débordement dans un domaine ne vienne à se propager et à miner notre société tout entière.

D'aucuns peuvent penser que l'idée, selon laquelle les peuples autochtones doivent bénéficier de l'intégralité des bienfaits de la primauté du droit, risque de précipiter le problème même contre lequel je m'insurge. Ainsi, on pourrait dire que la reconnaissance du titre autochtone intrinsèque aux terres tout comme la reconnaissance de l'égalité des pouvoirs en matière de souveraineté entre les Autochtones et la Couronne pourraient conduire à miner complètement la société canadienne. Certains peuvent faire valoir que les erreurs passées ne peuvent pas véritablement être réglées du fait que notre présent repose en trop grande partie sur ces violations et malveillances passées[24]. Je reconnais volontiers qu'un changement de cette ampleur pourrait ruiner beaucoup de monde. Nombreux sont ceux qui s'enrichissent injustement, grâce à l'échec de la primauté du droit

pour les peuples autochtones et qui n'abandonneraient pas facilement leurs attributs et leurs pouvoirs. La lutte pour ces richesses ne se produira pas sans de graves tensions pour nos institutions. La pleine application de la primauté du droit aux Autochtones entraînerait nécessairement des changements de notre système politique et de notre économie nationale, si nous voulions sérieusement intégrer les peuples autochtones à l'intérieur d'un nouveau cadre national. Un ébranlement de nos relations socio-politiques serait préférable en revanche à un anéantissement complet de ces mêmes relations, particulièrement lorsque le fait de corriger une injustice envers les peuples autochtones pourrait au bout du compte mettre la société tout entière sur la voie d'un futur plus paisible et plus productif.

Une maison construite sur des fondations de sable est instable, quelle que soit la beauté de son apparence et quel que soit le nombre de personnes qui y habitent. Il serait préférable de soulever la maison et de la placer sur des fondations plus solides, même si cela doit causer quelques défis aux personnes qui l'habitent. En définitive, celles-ci en profiteront toutes, car la durée de vie de la structure sera prolongée et les avantages se poursuivront pendant des générations, au-delà de ce qu'il aurait été possible si elle s'était effondrée. Le Canada restera bâti sur des fondations de sable, tant et aussi longtemps que les peuples autochtones ne pourront bénéficier de la primauté du droit. Ce pays doit s'affirmer sur des bases juridiques plus solides en étendant les avantages de l'ordre juridique à ses premiers habitants. Bien que la reconnaissance d'un titre autochtone intrinsèque au Canada et l'affirmation d'une souveraineté partagée puissent causer de graves perturbations sur les plans social et économique, cela nous placera au bout du compte dans une position plus stable et plus sûre. À long terme, en corrigeant les imperfections de l'ordre présent, nous offrirons aux Canadiens de plus grandes possibilités. J'ai écrit ce document ayant à l'esprit que la primauté du droit pouvait être plus qu'une simple phrase creuse utilisée par ceux qui veulent gouverner les autres pour réaliser leurs propres aspirations[25]. Il est motivé par l'idée très conservatrice selon laquelle l'application fidèle de la primauté du droit peut être un important rempart à l'arbitraire et

à la répression. Cette idée devrait concerner tous les Canadiens puisque nous nous reposons tous sur la même structure juridique pour protéger notre dignité et nos relations.

La primauté du droit au Canada

Aristote faisait observer que « des lois justes devraient constituer l'autorité suprême » dans toute société politique juste[26]. Il soutenait que la primauté du droit (*dikaiosyne*) était préférable à la règle privée, car le droit assimile et diffuse mieux les valeurs morales et les coutumes juridiques importantes pour rendre les membres de la société justes et bons (*nomos*). La souveraineté du droit pourrait être menacée si « le droit prenait parti pour l'une ou l'autre classe », ou si les lois « servaient à appliquer des constitutions répréhensibles ou mauvaises »[27]. Ne pas contester les prétentions de la Couronne au titre intrinsèque et à la souveraineté (alors qu'on scrute à la loupe celles des Autochtones) semble créer une distorsion juridique en faveur des groupes non autochtones qui appuient les prétentions de la Couronne au Canada. Cette démarche est incompatible avec la primauté du droit. Elle soutient la règle privée au détriment des Autochtones et au profit des non-Autochtones. Les tribunaux ne remettant pas en cause la souveraineté de la Couronne, ils ne diffusent pas les coutumes juridiques de façon équitable[28]. Cela fausse la Constitution du Canada qui proclame que « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit »[29]. Le fait de ne pas contester la règle privée contrevient au paragraphe 52(1) de la Constitution qui dit que la Constitution est « la loi suprême du Canada ».

Les tribunaux canadiens ne respectent pas la suprématie de la primauté du droit inscrite dans la Constitution quand ils appuient de façon indéfectible les notions de titre intrinsèque et de souveraineté de la Couronne. Il n'en a pas toujours été ainsi. Dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, mettant en cause la constitutionnalité des lois de la province du Manitoba, la Cour suprême du Canada a contesté les agissements de la Couronne et de la législature du Manitoba et a saisi cette occasion pour affirmer la suprématie du droit sur le gouvernement :

> « La primauté du droit, qui constitue un principe fondamental de notre Constitution, doit signifier au moins deux choses. En premier lieu, que le droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire. En réalité, c'est à cause de la suprématie du droit sur le gouvernement, établie par…l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que cette cour doit conclure que les lois inconstitutionnelles du Manitoba sont invalides et inopérantes… »[30].

La Cour a qualifié le fait que la province ne traduisait pas ses lois en français, comme l'exigeaient les conditions de l'Union au Manitoba, d'exercice choquant d'un pouvoir arbitraire. Elle s'est fondée sur la préséance du droit pour déclarer invalide l'ensemble des lois de la province qui ne respectaient pas, lors de leur adoption, l'un des aspects fondamentaux de la primauté du droit[31]. Ce résultat montre que [Traduction] « la primauté du droit constitue une limite implicite au pouvoir législatif du Parlement et des législatures provinciales et que toute loi incompatible avec la primauté du droit sera désormais considérée comme inconstitutionnelle »[32]. Il révèle que les tribunaux ne sanctionneront pas l'exercice d'un pouvoir arbitraire non conforme aux principes compatibles avec la primauté du droit. Les Autochtones ont soutenu que les prétentions de la Couronne à la souveraineté, les privant du titre intrinsèque et de l'autonomie gouvernementale, constituaient aussi un exercice choquant de pouvoir arbitraire. Arbitraire parce que les principes démocratiques de consultations et de consentement n'ont pas été suivis[33]. Arbitraire aussi en ce sens qu'il a été exercé à la seule discrétion des gouvernements non autochtones, sans la participation ou le consentement des premiers habitants du territoire et qu'il a entraîné la dévastation pure et simple de leurs terres et de leurs communautés[34].

[Traduction] « L'essence même de l'arbitraire est d'avoir son propre statut redéfini par l'État sans que celui-ci ne justifie adéquatement sa décision »[35]. Les peuples autochtones ont eu leur statut redéfini par le Canada sans raison juridique valable. Rien ne peut être plus arbitraire qu'une nation invalidant de façon

substantielle les droits de peuples politiquement distincts, tout simplement parce que la nation en question dit qu'il doit en être ainsi – le tout sans la moindre explication juridique le moindrement convaincante. La Cour n'a pas expliqué de façon efficace comment (et de quel droit) les prétentions de la Couronne à la souveraineté conféraient un titre intrinsèque à la Couronne ou supplantaient le gouvernement autochtone[36]. Les revendications de celle-ci à la possession de terres qui ne lui appartiennent pas sont tout à fait contredites par la réalité au moment des soi-disant prétentions de souveraineté[37]. Son prétendu droit de domination sur les peuples indigènes ne concorde pas avec les faits au moment du premier contact[38]. Ces propositions « imprécises » et « inintelligibles » « n'ont aucun sens » dans le contexte de la primauté du droit, car elles sont fausses au niveau des faits et manquent de cohérence juridique[39]. Les prétentions de la Couronne à une souveraineté amoindrissant le titre autochtone sont arbitraires, car elles ont été imposées sans raison cohérente. Par conséquent, les prétentions de la Couronne à la souveraineté sur les peuples autochtones au Canada violent le premier principe de la primauté du droit et sont inconstitutionnelles.

Les prétentions de la Couronne à la souveraineté violent aussi le second principe de la primauté du droit, soit le maintien d'un ordre juridique normatif à travers l'élaboration et le maintien de lois efficaces. La souveraineté de la Couronne a été interprétée de manière à empêcher les gouvernements autochtones d'élaborer et de maintenir des lois à l'appui d'un ordre normatif. La Cour suprême, toujours dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba,* décrit le second aspect de la primauté du droit dans les termes suivants :

> « En second lieu, la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif. L'ordre public est un élément essentiel de la vie civilisée. …Comme John Locke le disait un jour : [Traduction] « Un gouvernement sans lois est, je suppose, un mystère politique, inconcevable pour l'esprit humain et incompatible avec la société des hommes » (Cité par Lord Wilberforce dans *Carl Zeiss-Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd.*, [1966] 2 All E.R. 536 (H.L.) à la p. 577.

Selon Wade et Philips, dans *Constitutional Administrative Law*, (9e éd. 1977), à la p. 89 :

> [Traduction]…la primauté du droit exprime la préférence pour l'ordre public dans une société plutôt que pour l'anarchie, la guerre et les luttes incessantes. En ce sens, la primauté du droit est une perception philosophique de la société qui, dans la tradition occidentale, est liée aux notions fondamentales de la démocratie[40].

Le fait de ne pas reconnaître et de ne pas confirmer l'existence d'un droit positif et coutumier autochtone, protégeant et incorporant les principes plus généraux de leurs anciens ordres normatifs, a conduit à une quasi-anarchie et à des querelles incessantes au sein des communautés autochtones. Il suffit d'être un tant soit peu au fait des entraves au fonctionnement interne du gouvernement autochtone pour apprécier ce fait. Les communautés autochtones ont énormément souffert de l'oppression de leur gouvernement[41]. La suppression, par la Couronne, de la gouvernance autochtone refuse aux groupes autochtones des éléments indispensables à l'ordre public. Elle a supplanté « l'aménagement fonctionnel des relations sociales qui sert de fondement à l'existence d'un ordre réel de droit positif [contemporain, culturellement approprié et effectif][42]. Comment justifier le refus de reconnaître la souveraineté autochtone, voilà, comme le sous-entend le *Renvoi*, « un mystère politique, inconcevable pour l'esprit humain et incompatible avec la société des hommes »[43]. La négation des pouvoirs autochtones de gouvernance est par conséquent contraire au second principe de la primauté du droit, parce qu'elle détruit l'ordre normatif au sein des communautés autochtones.

Malgré cela, en dépit du désordre imposé aux peuples autochtones par les prétentions de la Couronne à la souveraineté, certains prétendent que le second principe de la primauté du droit doit aussi tenir compte du « chaos et de l'anarchie » qui pourraient s'installer, si les prétentions de la Couronne étaient déclarées invalides et inopérantes. Les tribunaux ne pourraient accepter un vide juridique[44], ni tolérer une province qui ne disposerait pas d'un système juridique effectif et valide[45]. Comme la Constitution ne pourrait concevoir une province sans loi, elle exigerait qu'une validité temporaire soit reconnue à ces droits, obligations et autres

effets qui sont nés sous ces autres lois jusqu'à ce que le problème qui a conduit à l'invalidité soit corrigé[46]. En d'autres termes, en dépit de l'invalidité des lois du Canada (en vertu du premier principe de la primauté du droit parce qu'élaborées sur une base arbitraire non juridique – la tautologie des prétentions de la Couronne à la souveraineté), le second principe de la primauté du droit exigerait que : 1) l'ordre normatif autochtone soit réhabilité par la reconnaissance des pouvoirs de gouvernance, et 2) les lois de la province continuent de s'appliquer jusqu'à ce que les parties corrigent l'invalidité en fondant le titre et la souveraineté de la Couronne sur des bases juridiques solides et saines. Par conséquent, la prochaine fois que les tribunaux examineraient l'autonomie gouvernementale autochtone au Canada, le second principe de la primauté du droit devrait exiger une reconnaissance des autonomies gouvernementales autochtones pour permettre à ces communautés d'établir et de maintenir un ordre public. Il devrait aussi exiger que les tribunaux maintiennent en vigueur les lois invalides jusqu'à ce qu'elles soient corrigées aux termes de négociations entre la Couronne et les Premières Nations, afin de placer la souveraineté de celle-ci dans un réseau juridique adéquat et viable[47].

Les tribunaux et la remise en question de la souveraineté de la Couronne

En suggérant que les tribunaux puissent remettre en cause les prétentions de la Couronne à la souveraineté, une question fondamentale demeure : les tribunaux sont-ils autorisés à s'engager dans pareil processus ? La réponse est oui. Il ne leur est pas interdit de « réviser la façon dont le Souverain acquiert la propriété » dans les causes traitant du titre autochtone[48]. Dans *Calder c. P.G.C.B.,* la Cour suprême du Canada a étudié la doctrine de « l'acte de gouvernement », qui porte sur la question et a conclu qu'elle ne s'appliquait pas. Le juge Hall a donné deux raisons pour lesquelles il n'était pas indiqué d'étendre la doctrine de l'acte de gouvernement aux causes traitant du titre autochtone. Tout d'abord, « cette doctrine n'a jamais été invoquée dans les demandes fondées sur le titre autochtone »[49]; par conséquent, conclure que la doctrine de l'acte de gouvernement s'appliquait aux

causes traitant du titre autochtone serait sans précédent et non étayé par la jurisprudence. Deuxièmement, cette doctrine ne traite que de situations où « le Souverain, en traitant avec un autre Souverain (par traité ou par conquête), acquiert de nouveaux territoires »[50]. Dans la plupart des cas, au Canada, la Couronne n'a pas acquis le titre intrinsèque aux terres par traité ou conquête; par conséquent, cette doctrine ne pourrait pas s'appliquer pour examiner les prétentions de la Couronne à la souveraineté[51]. Il semble donc que les tribunaux soient tout à fait autorisés à examiner les effets des prétentions de la Couronne à la souveraineté sur les peuples autochtones du Canada.

En fait, cette surveillance de la bonne conduite des autres branches du gouvernement découle de l'indépendance des tribunaux en tant qu'institution et de l'indépendance de la magistrature, en tant qu'ensemble des juges dans l'institution[52]. L'indépendance judiciaire est garantie depuis des siècles et constitue la pierre angulaire des systèmes constitutionnels anglais et canadien[53]. Les tribunaux canadiens sont distincts et autonomes par rapport à la Couronne et au Parlement; ils ne sont en rien leurs serviteurs[54]. Ils gèrent la primauté du droit qui est [Traduction] « supérieure et qui préexiste non seulement à la législation et aux décisions judiciaires, mais aussi à la constitution écrite »[55]. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique remarquait dans *The B.C. Government Employees Union c. B.C. (A.G.)* :

> [Traduction] « Il faut se souvenir que l'indépendance judiciaire a été acquise en Angleterre après des siècles de lutte contre les pouvoirs législatif et exécutif. Elle est devenue officielle en 1701 grâce à l'*Act of Settlement*... quand fut créée la charge de juge. »
>
> Comme sir William Holdsworth, éminent historien du droit britannique le disait dans *History of English Law* :
>
> > [Traduction] « Le judiciaire a des pouvoirs distincts et autonomes, tout comme le roi ou le parlement et, dans l'exercice de ces pouvoirs, ses membres ne sont pas plus dans la position de subordonnés que ne le sont le roi ou le parlement dans l'exercice de leurs pouvoirs... Étant investis du maintien de la suprématie du droit, les juges ont des pouvoirs de cette nature qui sont

> considérés, et ce depuis longtemps, comme distincts et *indépendants dans le cadre de la Constitution* »[56].

L'indépendance judiciaire et la suprématie du droit donnent aux tribunaux la liberté de contester les actes des autres branches du gouvernement si le droit l'exige, quand une cause leur est déférée[57]. On peut supposer alors que les tribunaux seraient autorisés à examiner les prétentions de la Couronne à la souveraineté et à les déclarer invalides, si de telles affirmations n'étaient pas conformes à la primauté du droit[58]. Ainsi, il ne serait pas interdit au tribunal, en tant qu'organe indépendant, de déclarer que les lois du Canada ou de toute province portant sur les terres autochtones ou leur gouvernance échappent à la Couronne ou au Parlement, lorsqu'elles ne se conforment pas à la primauté du droit inscrite dans les dispositions ou les principes constitutionnels[59]. Pour être plus précis, si le tribunal trouve que la Couronne ne s'est pas conformée au droit pour obtenir le titre intrinsèque et étendre sa souveraineté sur le Canada, il devra conclure que ces prétentions sont « invalides et inopérantes » jusqu'à ce que les parties instaurent un cadre juridique acceptable[60].

Les lecteurs se demanderont peut-être si des juges oseront déclarer invalides les prétentions de la Couronne à la souveraineté dans l'une quelconque des régions du pays, en dépit du fait que la magistrature ait cette possibilité juridique. Il serait très tentant de tout faire pour éviter pareil résultat, vu les enjeux énormes d'une telle décision. Après tout, peut-on se demander, qui respecterait le droit et la magistrature s'ils parvenaient à une telle conclusion ? Cela déplacerait trop de monde à travers le Canada et entraînerait beaucoup trop de souffrances. La plupart des gens considéreraient cette décision comme non raisonnable, irréalisable, irréaliste, illogique par suite d'une méconnaissance du droit et de l'histoire entourant les droits ancestraux. Comme probablement très peu de gens comprendraient comment le tribunal peut justifier un tel jugement, il pourrait s'avérer dangereux qu'une telle décision n'entraîne le discrédit sur l'administration de la justice.

Et pourtant, n'est-ce pas là aborder la question sous un angle seulement ? Les peuples autochtones et les autres, embarrassés

par les immenses conséquences des prétentions de la Couronne, pourraient acquérir un plus grand respect pour la magistrature, si les tribunaux prenaient leurs décisions conformément aux principes du droit. Pour eux, il s'agirait d'une conclusion raisonnable, réalisable, réaliste, pleine de bon sens, faisant preuve d'une compréhension du droit et de l'histoire entourant les droits ancestraux. Ils verraient que cette décision pourrait réduire leurs souffrances, dues à l'aliénation de leurs terres et de leurs gouvernements. Une telle décision risquerait même de redorer la réputation de l'administration de la justice, si les tribunaux appliquaient le droit conformément aux principes suprêmes. La remise en question par les tribunaux des prétentions de la Couronne à la souveraineté serait une étape importante du développement de l'ordre juridique canadien. Elle mettrait en évidence la garantie, pour chaque Canadien, d'une magistrature impartiale et indépendante, décrite comme [Traduction] « le bienfait le plus important de toute société civilisée »[61].

Par conséquent, quels que soient les défis qu'un juge peut rencontrer lorsqu'il remet en cause les prétentions de la Couronne à la souveraineté, les critères qu'il ou elle doit utiliser pour rendre sa décision ne peuvent se fonder sur des pointages numériques d'opinion publique[62]. La magistrature est indépendante[63]. Les conclusions doivent être exprimées en termes de droit. Un juge ne peut se permettre d'utiliser autrement ses pouvoirs. La plupart des juges se sentiraient sans doute mal à l'aise vis-à-vis d'une décision suspendant les effets négatifs des prétentions de la Couronne sur les peuples autochtones, mais s'ils devaient parvenir à une telle conclusion sans rendre de jugement en ce sens, l'intégrité de tout le tissu juridique canadien s'en trouverait minée[64]. Si la magistrature doit prendre au sérieux la Constitution, la primauté du droit et ses propres fonctions, l'indépendance judiciaire exige [Traduction] « des arbitres impartiaux et désintéressés »[65]. Ainsi, on s'attendrait à ce que tout juge appelé à examiner les prétentions de souveraineté de la Couronne sur les peuples autochtones le fasse de façon impartiale[66], sans parti pris vis-à-vis des résultats[67]. L'application juste et équitable de la loi exige une stricte adhésion à ce principe[68].

Traditions non écrites, Constitution et primauté du droit

Il y a lieu de se demander comment le pouvoir exclusif que le Canada s'est donné pour abolir ou atténuer les droits particuliers des peuples autochtones sans qu'ils y consentent peut se justifier constitutionnellement. Pour avoir une validité légale et une légitimité politique, la prétention du Canada doit être conforme aux principes constitutionnels plus vastes. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême du Canada a défini quelques-uns de ceux-ci lorsqu'elle a jugé qu'une déclaration unilatérale de souveraineté par le Québec serait inconstitutionnelle[69] et a ainsi remarqué que « dans notre tradition constitutionnelle, légalité et légitimité sont liées »[70]. Pour envisager d'atténuer les droits des Autochtones, il faut donc revoir ces grands principes juridiques et évaluer la légitimité de l'affirmation de souveraineté de l'État au Canada. Le fait même que les droits des Autochtones soient insérés dans la Constitution suggère cette obligation d'examen approfondi. À notre avis, l'importance du par. 35(1) va au-delà de ces effets fondamentaux. Dans l'important arrêt *R. c. Sparrow*, la Cour suprême cite « "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 Osgoode Hall L.J. 95, à la page 100, [où] le professeur Lyon dit ceci au sujet du par. 35(1) :

> [Traduction]« . . . L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des *tribunaux* de justice auxquelles cours elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines »[71].

Quand les tribunaux exercent le pouvoir qui leur est conféré pour mettre en cause des revendications par l'État touchant la souveraineté, ils doivent envisager l'ensemble du cadre juridique constitutionnel canadien. Ainsi que l'a recommandé la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, il faut envisager une tradition orale, en effet « derrière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents »[72]. La légalité et la légitimité

des lois qui concernent les peuples autochtones dépendent de ces « principes constitutionnels directeurs fondamentaux »[73], qui « inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées »[74]. Celles-ci sont doubles. Elles peuvent provenir des traditions orales des peuples autochtones canadiens[75] ou bien de celles de la tradition juridique occidentale[76]. Les tribunaux n'ont malheureusement pas analysé comment les traditions orales, les lois et les points de vue autochtones pourraient colorer et soutenir le texte constitutionnel[77]. Les tribunaux canadiens ont par contre analysé comment les traditions sous-jacentes du droit occidental ont influencé le texte constitutionnel canadien.

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême du Canada a défini les traditions fondamentales qui influencent l'interprétation de celui-ci – fédéralisme, démocratie, constitutionnalisme et primauté du droit, protection des minorités[78]. Ces « principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale »[79]. Il s'agit ici de se demander ce que, pris ensemble[80], ces quatre principes constitutionnels soutiendraient à l'égard de la légalité et de la légitimité de l'abolition des droits des Autochtones avant 1982 et de l'atteinte justifiable à ces droits après 1982. Un bref examen de chaque doctrine révèle que les peuples autochtones peuvent mettre en cause et renverser l'affirmation de la souveraineté de l'État qui permet l'abolition unilatérale et la réduction de leurs droits.

Le premier principe que la Cour suprême analyse dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* et qui est utile pour évaluer la légalité et la légitimité de la façon dont les peuples autochtones ont été traités, est le fédéralisme. Elle écrit ainsi que « les termes précis de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'en font qu'un État partiellement fédéral[81]. Cela tenait à ce que, selon les textes, le gouvernement fédéral conservait de vastes pouvoirs qui menaçaient de saper l'autonomie des provinces »[82]. Une simple lecture de la *Loi constitutionnelle de 1867* confirme que le gouvernement fédéral semblait détenir le pouvoir législatif suprême sur les provinces[83]. La structure mal équilibrée du texte a conduit la Cour à écrire qu' « un examen du texte des dispositions de la Constitution ne

fournit pas une image complète... Il appartient aux tribunaux de « contrôler les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements »[84]. Une telle réorientation des termes originaux a été nécessaire pour faciliter « la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité »[85], eu égard à la diversité des composantes de la Confédération. Cela a abouti à la répartition du pouvoir politique au Canada entre les deux paliers de gouvernement – les provinces et le gouvernement central[86]. Le pouvoir provincial est sorti renforcé par cette interprétation[87].

Si l'on applique les principes du fédéralisme aux peuples autochtones, ne serait-il pas possible d'envisager que le système fédéral est également incomplet à l'égard de ces derniers[88] ? De même, ne pourrait-on pas soutenir qu'à leur égard, « le gouvernement fédéral conservait de vastes pouvoirs qui menaçaient de saper l'autonomie » de ces peuples autochtones[89] ? Qui plus est, puisque les dispositions écrites « de la Constitution ne fournissent pas une image complète » touchant les peuples autochtones, n'appartient-il pas « aux tribunaux de « contrôler les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements » par l'attribution au gouvernement autochtone de pouvoirs « que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné » ? Si les tribunaux peuvent s'appuyer sur les principes non écrits du fédéralisme pour « combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel »[90] en vue de renforcer les pouvoirs provinciaux, ne pourraient-ils en faire de même pour « faciliter la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques » [91] comprenant les nations autochtones ? Si l'on poursuit le raisonnement de la Cour suprême, le principe du fédéralisme pourrait s'appliquer pour remettre en question les affirmations de souveraineté qui atténuent semble-t-il les pouvoirs autochtones. Les peuples autochtones pourraient ainsi fonctionner en tant que partie intégrante et égale de la structure fédérale canadienne.

Le second principe que les tribunaux pourraient examiner dans leur évaluation de la légalité et de la légitimité de la façon dont sont

traités les peuples autochtones, est celui de la démocratie. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a affirmé que « le principe de la démocratie a toujours inspiré l'aménagement de notre structure constitutionnelle, et demeure aujourd'hui une considération interprétative essentielle »[92]. Elle a ajouté que « pour bien comprendre le principe de la démocratie, il faut l'envisager comme l'assise que les rédacteurs de notre Constitution et, après eux, nos représentants élus en vertu de celle-ci ont toujours prise comme allant de soi »[93]. La notion de démocratie comprend selon elle la règle de la majorité[94], la promotion de l'autonomie gouvernementale et le respect des identités culturelles et collectives[95], le droit de vote individuel[96] et l'assentiment des gouvernés[97]. Le Canada n'a pas suivi ces principes de démocratie dans ses rapports avec les peuples autochtones. Tout d'abord, la tentative unilatérale d'abolir les droits des Autochtones et le refus consécutif d'un droit juridique à remettre en question une telle tentative ne participent pas à l'avancement de la règle de la majorité ni à la garantie du droit de vote individuel. À titre d'exemple, les peuples autochtones étaient la majorité dans presque tout le pays quand leurs droits ont été semble-t-il abolis et on leur a refusé par la suite les moyens politiques et juridiques de contester les actions de l'État[98]. Ensuite, quand l'État postule sa souveraineté absolue, il n'encourage pas l'autonomie gouvernementale communautaire, ni ne prend en compte l'identité autochtone. À titre d'exemple, les gouvernements autochtones ont été remplacés par des gouvernements élus en vertu de la *Loi sur les Indiens* et des Autochtones ont été soumis à des politiques d'assimilation impitoyables[99]. Enfin, la négation d'un titre autochtone intrinsèque et de l'égalité de la souveraineté autochtone ne permettent pas l'assentiment des gouvernés. À titre d'exemple, les peuples autochtones dans chaque province et dans chaque communauté se sont toujours opposés à l'abolition et à la diminution de leurs droits par l'État[100]. L'application des notions de démocratie qui sous-tendent la Constitution canadienne conduit à se demander si l'affirmation de la souveraineté de l'État a été un exercice de pouvoir légalement valable ou légitimement efficace alors qu'il a nui aux droits autochtones.

Selon des principes intrinsèques à la primauté de la démocratie, le Canada n'a pas établi un cadre légitime ni une fondation juridique sur laquelle construire une relation convenable avec les peuples autochtones. Le système canadien de gouvernement n'a ni défini ni appliqué un système qui reflète les aspirations de ces derniers. Voici qui constitue un échec de la démocratie pour ces groupes et donc pour le Canada dans son ensemble. Ainsi que le remarque la Cour :

> « C'est la loi qui crée le cadre dans lequel la « volonté souveraine » doit être déterminée et mise en œuvre. Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques. Cela signifie qu'elles doivent permettre la participation du peuple et la responsabilité devant le peuple par l'intermédiaire d'institutions publiques créées en vertu de la Constitution. Il est également vrai cependant qu'un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. Un système politique doit aussi avoir une légitimité, ce qui exige, dans notre culture politique, une interaction de la primauté du droit et du principe démocratique. Le système doit pouvoir refléter les aspirations de la population. Il y a plus encore. La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle »[101].

Cette citation suggère que la Constitution canadienne doit créer « un cadre » et « une fondation juridique » sur laquelle construire la participation autochtone aux structures fédérales. Les peuples autochtones du Canada n'ont jamais eu la possibilité de participer à la structure fédérale en tant que gouvernement traditionnel et ne font pas partie de ce « cadre ». Juridiquement, cette exclusion est la plus aiguë quand elle comprend l'abolition et la violation des droits des Autochtones sans le consentement requis. Moralement, cette exclusion est la plus sordide quand le postulat de cette abolition et de ces transgressions contient les germes de l'intégration forcée, de l'assimilation et du génocide. Pour de nombreux Autochtones, abolition équivaut à génocide[102]. Ce n'est

pas là un cadre légitime à insérer dans la structure constitutionnelle du Canada; le principe démocratique ne sanctionne pas une telle relation.

Le troisième principe que les tribunaux pourraient analyser, pour déterminer la légalité et la légitimité des affirmations de l'État envers les peuples autochtones, est la primauté du droit. Ce principe a certes été discuté ci-dessus, mais il est intéressant de remarquer que la primauté du droit doit figurer auprès du fédéralisme et de la démocratie, quand on envisage la dépossession que risquent les Autochtones du fait de l'affirmation de titre intrinsèque et de souveraineté absolue par l'État. La Cour suprême a noté dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* qu' « à son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités »[103]. L'abolition unilatérale des droits des Autochtones avant 1982 et les atteintes à ces derniers depuis 1982 ne garantissent pas une société prévisible et ordonnée, puisqu'elles désorganisent les nations autochtones et engendrent un profond ressentiment contre le gouvernement fédéral[104]. Ce ressentiment a engendré des rapports conflictuels tendus, des blocages périodiques et d'innombrables batailles juridiques. Il déchire le tissu des communautés autochtones[105] et suscite de l'instabilité dans la majorité de la population car il réduit l'investissement, crée tensions sociales et incertitude[106]. Si l'on n'y prend garde, les conséquences de ce ressentiment pourraient s'aggraver davantage encore et aboutir à des dissensions et à des actes de violence. Si la situation entre les peuples autochtones et les autres dégénère jusqu'à la violence fréquente et chronique, il faudra reconnaître que la doctrine des actions non consensuelles de l'État à l'égard des Autochtones pourra être considérée comme l'une des causes historiques de tels déchirements – causes attribuables en partie à l'échec de l'application pleine et entière de la primauté du droit aux peuples autochtones.

Cet échec de l'application de la primauté du droit à ceux-ci les affecte déjà profondément d'au moins trois façons. Cela a déjà engendré la violence, même si les effets de celle-ci demeurent surtout circonscrits aux communautés autochtones. En premier lieu, pendant la plupart de l'histoire du Canada, il a existé peu de

garanties pour les droits fondamentaux et les libertés individuelles des peuples autochtones[107]. Il s'en est suivi que sans légitimité aucune, leur vie individuelle et collective n'a pas été « hors d'atteinte de l'action gouvernementale »[108]. Cette interférence est manifeste dans la suppression du gouvernement[109], le refus des terres[110], la séparation forcée des enfants[111], la criminalisation des entreprises économiques[112] et la négation des droits à la liberté de religion[113], d'association[114], à une procédure régulière[115] et à l'égalité[116]. En second lieu, lorsque le Canada a été constitué, les parties n'ont pas veillé à ce qu'à titre de groupe vulnérable, les peuples autochtones « bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre par rapport aux tendances assimilatrices de la majorité »[117]. D'où davantage de vulnérabilité et de violences, puisque les peuples autochtones n'ont pas reçu les moyens institutionnels pour résister à la violation de leurs droits[118]. En troisième lieu, l'organisation politique du Canada ne prévoyait pas « une division du pouvoir politique » qui ait empêché les gouvernements provinciaux et fédéral d'usurper les pouvoirs des gouvernements autochtones. À ce titre, les gouvernements non autochtones ont usurpé les pouvoirs autochtones « en exerçant simplement son [leur] pouvoir législatif pour s'attribuer à lui-même [à eux-mêmes], unilatéralement, des pouvoirs politiques supplémentaires »[119]. De telles actions leur ont permis de s'enrichir aux dépens des peuples autochtones. Ces transgressions de la primauté du droit démontrent combien il est difficile de fonder un pays sans traiter justement avec ses premiers habitants. Cela ne produit pas une société stable, ordonnée et prévisible. Cela ne crée pas une nation dont on peut être fier. Les tribunaux ne doivent pas sanctionner la transgression permanente de la primauté du droit au Canada à l'égard des peuples autochtones.

Enfin et en quatrième lieu, si l'on examine la légalité et la légitimité des principes constitutionnels touchant la diminution des droits des Autochtones, il faut se rappeler que la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* a jugé que « la protection de ces droits [des minorités] est elle-même un principe distinct qui sous-tend notre ordre constitutionnel »[120]. Le titre et la souveraineté des Autochtones ne doivent pas être

unilatéralement assujettis au titre et à la souveraineté de l'État, car alors les peuples autochtones ne seraient plus protégés de la majorité canadienne. L'application d'un droit libre de souveraineté de l'État sur les peuples autochtones pourrait de plus ne pas respecter « la promesse de l'article 35 [qui] reconnaît non seulement l'occupation passée de terres par les Autochtones, mais aussi leur contribution à l'édification du Canada et les engagements spéciaux pris envers eux par des gouvernements successifs »[121]. Les allégations de l'État de pouvoir de par sa seule autorité abolir les droits des Autochtones ne semblent pas être conformes avec la Cour quand elle remarque que « la protection des droits des minorités a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle »[122]. Si les situations étaient renversées, on se demande comment réagiraient les Canadiens si un pouvoir exclusif d'abolir les droits des non-Autochtones était conféré aux peuples autochtones. Les Canadiens voudraient alors être protégés. Dans leur fonction de pondération de la majorité, les tribunaux devraient être attentifs aux difficultés auxquelles sont confrontés les peuples en situation de minorité au Canada et prendre des mesures pour protéger leurs droits de toute ingérence injuste.

Les tribunaux doivent allier les principes du fédéralisme et de la démocratie à la primauté du droit et à la protection des minorités pour évaluer la légalité et la légitimité des prétentions du Canada à l'égard des peuples autochtones. S'ils conviennent des conclusions que je suggère ici, il faudrait alors par l'application de la primauté du droit invalider les lois du Canada, même si elles demeurent applicables, jusqu'à ce que les parties résolvent la situation par la négociation. Dans l'attente de cette solution, les peuples autochtones vont continuer à critiquer l'injuste application du droit canadien à leur société. Si le droit et la négociation ne permettent pas d'aboutir à une solution, ils pourront un jour exiger le droit d'être libérés d'une situation qui les prive des garanties fondamentales de la primauté du droit.

Conclusion : Primauté du droit et autodétermination

J'ai illustré comment les allégations de l'État et l'acceptation par les tribunaux d'une revendication non consensuelle ultérieure de droits sur les terres d'un précédent propriétaire n'est pas conforme aux principes supérieurs du droit. Toute sanction par les tribunaux de la colonisation, de l'asservissement, de la domination et de l'exploitation des peuples autochtones au Canada n'est pas « une conception moralement ni politiquement soutenable des droits des autochtones »[123]. Elle « perpétue l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs[124], elle est illégitime et illégale. La Cour suprême a jugé que de telles situations peuvent entraîner ultérieurement une demande d'un droit légal à l'autodétermination de la part de ceux qui sont ainsi bafoués, s'il n'y a pas résolution de ces situations par la négociation et la réconciliation. L'autodétermination des Autochtones doit recevoir une expression négociée au Canada par un élargissement approprié de la primauté du droit en matière de fédéralisme, de démocratie et de protection des minorités.

Sinon, on pourrait considérer à juste titre que la façon dont l'État traite les peuples autochtones est « la règle coloniale », qui mène à l'asservissement, à la domination et à l'exploitation de ceux-ci et les empêche « d'exercer utilement leur droit à l'autodétermination »[125]. Commentant les incidences des actes d'obstruction à l'autodétermination, la Cour suprême remarque que l'autodétermination externe peut être revendiquée dans trois situations :

> « le droit à l'autodétermination en droit international donne tout au plus ouverture au droit à l'autodétermination externe dans le cas des anciennes colonies; dans le cas des peuples opprimés, comme les peuples soumis à une occupation militaire étrangère; ou encore dans le cas où un groupe défini se voit refuser un accès réel au gouvernement pour assurer son développement politique, économique, social et culturel. Dans ces trois situations, le peuple en cause jouit du droit à

> l'autodétermination externe parce qu'on lui refuse la faculté d'exercer, à l'interne, son droit à l'autodétermination »[126].

Il se peut que la demande d'autodétermination des peuples autochtones soit valable en vertu de ces principes, si l'État ne modère pas sa prétention de souveraineté comme cet essai le suggère. Dans un tel cas, les peuples autochtones pourraient alléguer qu'ils ont été des entités coloniales, « intrinsèquement distinctes de la puissance coloniale ou occupante que l' « intégrité territoriale » de ces peuples, qui à toutes fins utiles a été détruite par la puissance coloniale ou occupante, doit être pleinement rétablie »[127]. Ils pourraient en outre revendiquer le droit légal à l'autodétermination en alléguant que la diminution et l'abolition de leurs droits par le Canada n'a pas « favorisé… la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes…, en ayant présent à l'esprit que soumettre des peuples à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères constitue une violation de ce principe [des relations amicales], ainsi qu'un déni des droits fondamentaux de l'homme, et est contraire à la Charte »[128]. Ils pourraient enfin revendiquer le droit à l'autodétermination puisque l'abolition unilatérale des droits avant 1982 et le fait qu'on les ait continuellement empêchés de contester cette injustice signifient que le gouvernement canadien ne représente pas « l'ensemble de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune »[129].

Si les peuples autochtones étaient en mesure de démontrer la force de l'un de ces arguments que je viens de développer et d'établir leur droit légal à l'autodétermination, ils auraient fait un grand pas pour redresser l'injustice de la souveraineté de l'État. Chaque partie doit réfléchir plus avant à ces questions et ensuite les négocier et les réconcilier grâce à des efforts communs.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

[1] En droit canadien, les Autochtones comprennent les Indiens, les Inuits et les Métis; voir la *Loi constitutionnelle de 1982* (Canada), para 35(2), constituant l'annexe B de la *Loi constitutionnelle de 1982 sur le Canada* (R.U.), 1982, c. 11 [ci-après *Loi constitutionnelle de 1982]*.

[2] *Renvoi au sujet de certains droits linguistiques garantis par la Loi de 1870 sur le Manitoba* (1985), 19 D.L.R. (4e) 1, [ci-après le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba.*

[3] *Ibid.*, para. 60.

[4] La Commission royale sur les peuples autochtones a été inaugurée dans les mois qui ont suivi l'échec de la réforme constitutionnelle contenue dans l'Accord du lac Meech en 1987 et la confrontation armée entre les Mohawks et l'État canadien à Oka (Québec) en 1990. Cette commission fut créée le 26 août 1991 et émit son rapport final cinq ans plus tard en novembre 1996. Le mandat de la Commission était d'« analyser l'évolution de la relation entre les autochtones[...], le gouvernement canadien et l'ensemble de la société canadienne». Il fut en outre demandé à la Commission de «proposer des solutions précises, étayées par l'expérience interne et internationale, aux problèmes qui ont entravé ces relations », Canada, *Rapport de la commission royale sur les peuples autochtones, vol. 1, Un passé, un avenir,* Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1996 à la page 2 [ci-après *Un passé, un avenir*]. L'une de ses recommandations fondamentales, considérée comme essentielle à l'établissement de meilleures relations entre les peuples autochtones et la Couronne, a été de suggérer que les gouvernements du Canada reconnaissent l'absence de justification juridique ou morale à la dépossession des peuples autochtones. Voir la recommandation 1.16.2, à la p. 763 :

> Que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux favorisent le renouveau et, pour ce faire :
> a) qu'ils reconnaissent que le concept de *terra nullius* et la doctrine de la découverte sont erronés dans les faits, en droit et en morale.

[5] *Affaire* de l'île de Palmas (États-Unis c. Pays-Bas) (1928), 2 R.I.A.A. 829 (une revendication fondée sur la découverte est insuffisante à moins d'être accompagnée d'une occupation effective de la région que l'on prétend avoir découverte); *Avis sur le Sahara occidental* (1975), C.I.J. Rec. 12 (empêche une région d'être qualifiée d'inhabitée si des tribus nomades ou sédentaires l'occupent avec un certain degré d'organisation sociale ou politique).

[6] *Mabo* c. *Queensland* (1992), 107 A.L.R. 129 (H.C. Aust.). Le juge Brennan a écrit dans cette affaire : [traduction] « la common law de ce pays perpétuerait l'injustice si elle devait continuer à faire sienne la doctrine élargie de la *terra nullius* ».

[7] *Affaire du Groenland oriental (Danemark* c. *Novège)* (1933), 3 W.C.R. 148, p. 171 : [traduction] « [la doctrine de la conquête] ne fonctionne que parce qu'il y a absence de souveraineté, lorsque deux États sont en guerre et que, l'un étant défait, la souveraineté sur le territoire passe de l'État vaincu à l'État vainqueur ». Les empiétements au gré des événements sur les terres autochtones au Canada ne correspondent pas à cela.

[8] La doctrine de la possession adversative déclare essentiellement que l'on peut acquérir des titres sur une partie du territoire d'un autre État quand on l'occupe pour une période prolongée et avec l'accord des premiers propriétaires. Pour que la revendication soit valide, il doit exister une souveraineté *de facto* qui soit à la fois pacifique et non contestée. Le Canada n'a pas acquis de territoire de cette façon, car il y a eu une résistance autochtone continue à ses prétentions de possession.

[9] Pour une discussion plus approfondie, voir généralement S. Venne, *Our Elders Understand Our Rights: Exploring International Law Regarding Indigenous Rights,* Penticton (C.-B.) : Theytus, 1998; J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law,* New York Oxford University Press, 1996.

[10] *Un passé, un avenir, supra,* note 4 aux pp. 263-571.

[11] Pour ces perspectives, voir généralement F. Cassidy, dir., *Aboriginal Self-Determination,* Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 1991; B. Richardson, *Drum Beat: Anger and Renewal in Indian Country,* Toronto (Ont.), Summerhill Press, 1989 [ci-après *Drum Beat*]; T. Alfred, *Peace, Power, Righteousness: An Indigenous Manifesto,* Toronto (Ont.), Oxford Press, 1999, P. Monture-Angus, *Journeying Forward: Dreaming First Nations Independence,* Halifax (N.-É.) 1999.

[12] Par exemple, les Nisga'a du Nord-Ouest de la Colombie-Britannique demandaient en 1887 :

> [traduction] « Voilà ce que nous n'aimons pas à propos du gouvernement » « Nous vous donnerons des terres de telle superficie ». Comment peuvent-ils nous donner les terres puisqu'elles nous appartiennent ? Nous ne pouvons le comprendre. Ils ne les ont jamais achetées de nous ou de nos ancêtres. Ils n'ont jamais combattu ou conquis notre peuple et pris les terres de cette façon [...]. Les chefs ne parlent pas à l'aveuglette, ils savent que les terres leur appartiennent...[...].

Propos de M. D. McKay, tirés de *R.* c. *Calder* (1973), 34 D.L.R. (3e) 145 (C.S.C.). Pour les autres perspectives autochtones contestant le titre de la Couronne, voir L. Little Bear, M. Boldt et J.A. Long, dir., *Pathways to Self-Determination; Canadian Indians the Canadian Nation State,* Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 1984, pp. 5-56; M. Boldt et J. A. Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights,* Toronto (Ont.),

University of Toronto Press, 1986, pp. 17-70; M. Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution,* Toronto (Ont.), Methuen, 1984, particulièrement aux pp. 26-40.

[13] Les différences entre les interprétations autochtones et celles de la Couronne à cet égard ont été documentées dans chaque province et territoire du Canada : en Colombie-Britannique, voir P. Tennant, *Aboriginal Peoples and Politics of British Columbia* Vancouver; en Alberta, voir R. Price, *The Spirit of Alberta Indian Treaties,* Edmonton (Alb.), Pica Pica Press, 1987; en Saskatchewan, voir H. Cardinal, *My Dream: That We Will One Day Be Recognized as First Nations,* Saskatoon (Sask.), bureau du Commissaire aux traités, 1998; au Manitoba, voir P. Chartrand, *Manitoba's Metis Settlement Scheme of 1870,* Saskatoon (Sask.), Native Law Centre, 1991; en Ontario, voir D. McNab, *Circles of Time: Aboriginal Land Rights and Resistance in Ontario,* Waterloo (Ont.), Wilfrid Laurier Press, 1999; au Québec, voir le Grand Conseil des Cris du Québec, *Sovereign Injustice,* Emaska (Qué.), le Grand Conseil des Cris, 1995; au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse et dans l'Île-du-Prince-Édouard, voir L.F.S. Upton, *Micmacs and Colonists: Indian-White Relations in the Maritimes,* Vancouver (C.-B.), UBC Press, 1979; à Terre-Neuve, voir D. McCrae, *Rapport des plaintes des Innus du Labrador à la Commission des droits de la personne,* Ottawa (Ont.), Approvisionnements et Services Canada, 1993; dans le Nord, voir *La réinstallation dans l'Extrême-Arctique,* Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1994.

[14] Un examen minutieux des traités numérotés couvrant l'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba, et le Nord et l'Ouest de l'Ontario révèle de nombreux problèmes de tromperie et de malhonnêteté; voir Treaty 7 Elders and Tribal Council et al., « Aboriginal and Government Objectives in the Treaty Era » dans *The True Spirit and Intent of Treaty 7,* Montréal (Qué.), McGill-Queen's Press, 1996, particulièrement aux pp. 210-212; R. Fumoleau, *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and 11,* Toronto (Ont.), McClelland and Stewart, 1976. Pour les problèmes avec les traités sur l'île de Vancouver, voir C. Arnett, *The Terror of the Coast: Land Alienation and Colonial War on Vancouver Island and the Gulf Islands, 1849-1863,* Burnaby (C.-B.), Talonbooks, 1999. Pour les problèmes avec les traités en Ontario, voir J. Chute, *The Legacy of Shingwaukonse,* Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 1998, aux pp. 137-159 et 195-221; pour les problèmes avec les traités dans le Canada atlantique, voir W. Wicken, « Re-examining Mi'kmaq-Acadian Relations 1635-1755 » dans S. Departie, et al., *Vingt ans après, Habitants et marchands: Lectures de l'histoire des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles canadiens,* Montréal (Qué.), McGill-Queen's Press, 1998; W. Wicken, « Heard it From my Grandfather: Mi'kmaq Treaty Tradition and the Syliboy Case of 1928 » (1995) 44 R.D. U.N.-B.É 146; W. Wicken, « The Mi'kmaq and Wuastukwiuk Treaties » (1994) 43 R.D. U.N.-B.É 43.

[15] En fait, dans un cas remarquable concernant le traité 11, *Paulette* c. *Register of Titles (N° 2),* le tribunal a soutenu qu'il était presque incroyable que la partie

représentant le gouvernement ait pu revenir, après la signature d'un traité, avec l'impression d'avoir donné aux Indiens la garantie perpétuelle que l'utilisation traditionnelle de leurs terres ne serait pas touchée; (1973) 42 D.L.R. (3e) 8 (C.S. T.N.-O.); modifié par d'autres motifs dans 63 D.L.R. (3e) 1 (C.A. T.N.-O.); confirmé par d'autres motifs dans 72 D.L.R. (3e) 161 (C.S.C.).

[16] De grandes parties de la Colombie-Britannique, du Québec et du Nord entrent dans cette catégorie.

[17] Le Canada est décrit comme une société libre et démocratique à l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I, *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.U.), 1982, c. 11.

[18] R. Williams Jr., *The American Indian in Western Legal Thought,* New York, Oxford University Press, 1989; P. Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law,* Londres, Routledge, 1992; B. Clark, *Native Liberty-Crown Sovereignty,* Montréal (Qué.), McGill-Queen's Press, 1990; A.C. Hamilton et C.M. Sinclair, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba,* Winnipeg (Man.), Queen's Printer, 1991, pp. 130-142; D. Culhane, *The Pleasure of the Crown,* Burnaby (C.-B.), Talonbooks, 1998.

[19] Le Canada s'est classé, pour les quatre dernières années, au premier rang des pays du monde, d'après l'Index de développement humain des Nations Unies. Cet index, établi par le Programme des Nations Unies pour le développement, mesure certains facteurs comme l'espérance de vie, le niveau d'éducation, le niveau des revenus. Or, si les peuples autochtones du Canada étaient inclus comme groupe distinct, ils se classeraient au 63e rang dans le monde. Cet écart est un indicateur de la disparité qui existe entre les peuples autochtones et les autres Canadiens. Pour une description des défis socio-économiques auxquels font face les peuples autochtones au Canada, voir *Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau, vol. 5,* Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1996, pp. 25-56.

[20] *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les Autochtones et la justice,* Commission royale sur les peuple autochtones, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1996. La Cour suprême du Canada dans *R.* c. *Gladue* [1999] 1 R.C.S. 688, remarque qu'il existe « une crise du système de justice canadien à l'égard des peuples autochtones ».

[21] K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title,* Oxford, Clarendon Press, 1989.

[22] *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : Une alternative à l'extinction du titre ancestral,* Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1995.

[23] Pour une affirmation de l'importance de la propriété et des droits contractuels dans une société, voir J. W. Ely, *The Guardian of Every Other Right: A Constitutional History of Property Rights,* New York, Oxford University Press, 1998; C. Fried, *Contract As Promise: A Theory of Contractual Obligation,* Cambridge, Harvard University Press, 1991.

[24] M. Smith, *Our Home or Native Land,* Vancouver (C.-B.), Stoddart, 1995.

[25] Pour une critique des usages de la primauté du droit à cet effet, voir dans A. Hutchinson et P. Monahan, dir., *The Rule of Law: Idea or Ideology,* Toronto (Ont.), Carswell, 1987.

[26] E. Barker, dir., *The Politics of Aristotle,* New York, Oxford University Press, 1958, p. 126.

[27] *Ibid.* Dans *Delgamuukw* c. *la Reine,* [1997] 3 R.C.S. 1010, la Cour suprême révèle un conflit interne, car elle confère la souveraineté ultime à la fois à la Couronne et à la primauté du droit. Ce conflit menace la souveraineté du droit au Canada. La dévolution de la souveraineté finale à la Couronne peut entraîner des distorsions juridiques en faveur de la population non autochtone canadienne qui puise ses droits dans la Couronne. Cette distorsion a pu se produire parce que les droits des peuples autochtones ne prennent pas racine dans la souveraineté de la Couronne et peuvent, par conséquent, difficilement être considérés sur un pied d'égalité avec les droits découlant directement de la Couronne. En outre, conférer la souveraineté ultime à la Couronne risque d'aller à l'encontre de la Constitution qui confère la souveraineté ultime à la primauté du droit. Si la Couronne ne fait pas de la primauté du droit le souverain suprême du Canada, elle fausse le libellé de la Constitution sur la suprématie de la primauté du droit.

[28] Pour une discussion intéressante sur la répartition adéquate des titres juridiques entre peuples autochtones et autres peuples d'Amérique du Nord, voir P. Macklem, « Distributing Sovereignty: Indian Nations and the Equality of Peoples » (1993) 45 *Stan. L. Rev.* 1311.

[29] *Loi constitutionnelle de 1982, supra,* note 1.

[30] *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, supra,* note 2, para. 59.

[31] Les lois étaient invalides car elles n'étaient pas conformes à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba,* 33 Vict., ch. 3 (R.U.) (lequel fait partie de la Constitution du Canada, *Loi constitutionnelle de 1871,* 34-35 Vict., ch.28 (R.U.). Les lois de l'Alberta et de la Saskatchewan étaient dans la même situation, voir R. c. *Mercure* [1988] 1 R.C.S. 234; R. c. *Paquette,* [1990] 2 R.C.S. 1103.

[32] P. Monahan, *Essentials of Canadian Law: Constitution Law*, Toronto (Ont.), Irwin Law, 1997, p. 128.

[33] Tous les gouvernements entrant dans la Confédération se sont joints sur la base de consultations et de consentement. Chacun a eu l'occasion de faire valoir ses opinions, de forger les conditions en vertu desquelles il joindrait l'Union et d'envoyer à ces discussions des délégués représentant la population; voir C. Moore, *1867: How the Fathers Made A Deal*, Toronto (Ont.), McClelland and Stewart, 1997. Les peuples autochtones, à l'exception des Métis du Manitoba, n'ont pas participé aux discussions sur la Confédération; ils s'y sont trouvés soumis par suite des agissements arbitraires des autres.

[34] La non-reconnaissance du titre autochtone, la création de petites réserves inadéquates, le refus du droit de vote, l'adoption de lois interdisant le potlach, le refus d'un droit de préemption pour l'acquisition de terres, le remplacement des systèmes de gouvernement par la *Loi sur les Indiens*, l'interdiction de toute aide aux revendications territoriales, l'horreur des pensionnats et de nombreuses autres mesures résultent de ces prétentions.

[35] J. Rabir., « Job Security and Due Process: Monitoring Discretion Through A Reasons Requirement » (1976) 44 *U. Chi. L. Rev.* 60 à la page 77.

[36] Comme le juge en chef John Marshall de la Cour suprême des États-Unis le faisait observer :

> [traduction] Il est difficile de comprendre la proposition selon laquelle les habitants du globe pourraient avoir des revendications légitimes de domination sur les habitants d'un autre pays ou sur les terres qu'ils occupent, ou celle selon laquelle la découverte donne au découvreur des droits sur le pays découvert qui annuleraient les droits préexistants de ses anciens occupants.

Worcester c. *Georgia* 31 US (6 Pet.) 518.

[37] Pour un aperçu des possessions foncières autochtones avant les prétentions britanniques à la souveraineté en Amérique du Nord septentrionale, voir C. Harris et G. Matthews, dir., *Historical Atlas of Canada: From the Beginning to 1800*, Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 1987.

[38] J. Borrows, « Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History and Self-Government » dans M. Asch, dir., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality and Respect for Difference*, Vancouver (C.-B.), UBC Press, 1997, pp. 155-172.

[39] Pour comprendre jusqu'à quel point la primauté du droit est imprécise et inintelligible, voir *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 643 : « Une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un

débat judiciaire ». Comment la « clarification » du titre autochtone, qui n'est que ce que la Couronne cherche à prouver, peut-elle suffisamment bien guider le débat judiciaire sur ce titre ?

[40] *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, supra*, note 2, para. 60-61.

[41] Pour un rapport important décrivant les entraves au fonctionnement interne des gouvernements autochtones, voir K. Penner, *L'autonomie politique des Indiens au Canada : Rapport du Comité spécial* (Rapport Penner), Ottawa (Ont.), Approvisionnements et Services, 1973. Pour d'autres descriptions, voir H. Adams, *Prison of Grass: Canada from a Native Point of View*, Toronto (Ont.), General Publishing, 1975; H. Cardinal, *The Unjust Society: The Tragedy of Canada's Indians*, Edmonton (Alb.), M. Hurtig, 1969 [ci-après *The Unjust Society*]; J.R. Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens*, Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 1989; *Drum Beat, supra* note 11; B. Richardson, *People of Terra Nullius: Betrayal and Rebirth in Aboriginal Canada*, Toronto (Ont.), Douglas and McIntyre, 1993; S. Weaver, *Making Canadian Indian Policy: The Hidden Agenda, 1968-70*, Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 1981.

[42] *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, supra*, note 2, para. 64. Pour des exemples de la façon dont le gouvernement du Canada a agi contrairement à la primauté du droit en supplantant l'ordre juridique et les relations sociales des peuples autochtones, voir *Un passé, un avenir, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa (Ont.), aux pp. 147-206 et 262-664.

[43] *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, supra*, note 2, para. 60.

[44] *Ibid.*, à la p. 25.

[45] *Ibid.*, à la p. 29.

[46] *Ibid.*, para. 107. Cette règle était exprimée comme suit :

> « Tous les droits, obligations et autres effets découlant des lois de la législature du Manitoba abrogées ou devenues périmées avant la date du présent jugement, qui ne sont pas sauvés par l'application du principe de la validité *de facto*, ou de quelque autre principe, sont réputés temporairement avoir été opérants et incontestables et continuent de l'être. ... »

[47] Afin de bénéficier de la primauté du droit, les peuples autochtones comme les non-autochtones doivent vivre selon des cadres juridiques qui sont leurs propres prolongements. Une étude du droit et de l'histoire du Canada révèle que les peuples autochtones n'ont pas bénéficié de cette reconnaissance. Est-ce une forme de despotisme ? Les peuples autochtones, comme les peuples non autochtones, doivent être autorisés à créer des structures qui reconnaissent tant l'importance de la souveraineté des autochtones que celle

de la Couronne au Canada. Des lois facilitant la réalisation de cet objectif donneront aux peuples une plus grande dignité. Charles Taylor écrit :

> [traduction] « Il y a despotisme quand[...] les disciplines obligatoires sont maintenues par la force. Pour avoir une société libre, il faut remplacer la force par autre chose. Cela ne peut être qu'une identification à la cité souhaitée par les citoyens, le sentiment que les institutions politiques dans lesquelles ils vivent sont l'expression d'eux-mêmes. Les « lois » doivent être perçues comme le reflet et la consécration de leur dignité de citoyens et, par conséquent, être en quelque sorte le prolongement d'eux-mêmes. Cette vision selon laquelle les institutions politiques seraient une protection pour la dignité des citoyens est à la base de ce que Montesquieu appelait la « vertu »[...] Mais cette vision est très différente de l'attachement apolitique au principe universel que prônaient les stoïciens et qui est au centre des règles modernes de l'éthique en matière de primauté du droit. »

C. Taylor, « Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate » dans *Philosophical Arguments,* Cambridge, Harvard, 1995, à la p.187. Voir le traité Nisga'a pour un modèle possible de création d'un tel cadre juridique.

[48] *Calder* c. *P.G. C.B.* (1973), 34 D.L.R. (3e) 145.

[49] *Ibid.*

[50] *Ibid.*

[51] Certains prétendent, toutefois, que la doctrine de l'acte de gouvernement devrait être étendue pour empêcher le tribunal d'examiner la question même de la prétention de la Couronne à la souveraineté. Cela pourrait être invoqué au motif qu'un tel examen (même en l'absence de traité ou de conquête) constituerait néanmoins un défi à la doctrine l'Acte de gouvernement. À l'appui, ils invoquent le bien-fondé de la doctrine qui est « la simple reconnaissance de la prérogative du Souverain d'acquérir des territoires d'une façon qui ne peut pas être contestée par la suite devant un tribunal local », *ibid.* Pour ceux qui invoquent cet argument, il faut rappeler que l'histoire de la démocratie parlementaire est faite de tentatives pour limiter et restreindre les prérogatives de la Couronne; voir C. Hill, *The Century of Revolution: A History of England, Vol. 5, 1603-1714,* London, Thomas Nelson, 1961, pp. 34-74, 119-144, 222-241 et 275-290. Étendre les prérogatives de la Couronne aux simples « prétentions » risque de constituer un dangereux précédent qui pourrait miner les luttes féroces menées pour contenir les pouvoirs de la Couronne.

[52] Pour des commentaires sur les différences entre l'indépendance des juges et l'indépendance de la magistrature, voir les observations du juge en chef du Manitoba, R. J. Scott, « *Accountability and Independence* » (1996) *U.N.B. L.J.* 27.

[53] Voir R. c. *Lippe* [1991] 2 R.C.S. 114, p. 139 :

> [...]« L'indépendance judiciaire est essentielle à la perception d'impartialité qu'a le public. L'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire ».

[54] Les rois Stuart d'Angleterre, dans les années 1600, ont grandement affaibli l'indépendance de la magistrature en destituant des juges qui avaient rendu des décisions qui ne leur étaient pas favorables. En 1701, quand William et Mary montèrent sur le trône, le Parlement anglais adopta une loi pour garantir l'indépendance de la magistrature, dans le cadre du règlement révolutionnaire. L'indépendance de la magistrature prend son origine dans cette loi. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard,* [1997] 3 R.C.S. 3; (1997), 150 D.L.R. (4e) 577, la Cour suprême a examiné la question de l'indépendance judiciaire qui se pose lorsque certaines législatures réduisent le salaire des juges des cours provinciales. La Cour a conclu à la majorité que le fait pour la province de réduire ces salaires sans recourir à une commission indépendante menaçait le code tacite de l'indépendance judiciaire que l'on trouve dans le préambule de la Constitution, lequel incorpore les principes constitutionnels ayant régi l'*Acte d'établissement.*

[55] L. Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation,* Montréal (Qué.), McGill-Queen's Press, 1997, p. 3.

[56] (1985), 20 D.L.R. (4e) 399, p. 401. L'indépendance judiciaire s'applique aussi au Canada, comme la Cour l'a déclaré à la page 402 :

> [traduction] En héritant d'une constitution semblable à celle du Royaume-Uni, nous avons aussi hérité du principe fondamental selon lequel les tribunaux représentent une branche distincte et indépendante.

[57] Voir les commentaires de la Cour suprême du Canada *dans l'Affaire de l'article 53 de la Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch.S-26; et le Renvoi par le gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada formulées dans le décret C.P. 1996-1497 en date du 30 septembre 1996* [ci-après *Renvoi sur la sécession du Québec*] au para. 72 :

> En d'autres mots, le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution. Le principe de la primauté du droit exige que les actes de gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution. Notre Cour a souligné plusieurs fois que, dans une large mesure, l'adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle.

[58] Un éminent constitutionnaliste, le professeur P. Hogg faisait observer que :

> [traduction] L'indépendance du juge vis-à-vis des autres branches du gouvernement est tout particulièrement importante car elle garantit

> que l'État sera soumis à la primauté du droit. Si l'État pouvait compter sur les tribunaux pour ratifier tous ses actes législatifs et administratifs, l'individu n'aurait aucune protection contre la tyrannie.

P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto (Ont.), Carswell, 1997, p. 172. On pourrait se demander pourquoi, étant un organe politique étranger, la Cour devrait avoir ce pouvoir sur des terres autochtones. Une réponse à cette question pourrait être que les tribunaux canadiens sont des cours de justice (non des organes politiques) et qu'ils doivent examiner de la même façon les principes de droit de la société canadienne comme ceux de la société autochtone, pour rendre un jugement fondé sur ces critères. Ils ne tiennent pas ce pouvoir de la législature mais plutôt du fait qu'ils fondent leurs décisions sur des principes juridiques.

[59] Voir le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, supra note* 2. Pour un excellent article examinant les distinctions entre les principes constitutionnels et les dispositions constitutionnelles relatifs à la primauté du droit, voir P. Monahan, « Is the Pearson Airport Legislation Unconstitutional? : The Rule of Law as a Limit on Contract Repudiation by Government » (1995) Osgoode Hall L.J. 411. Pour une autre discussion sur l'importance de distinguer principes constitutionnels et dispositions constitutionnelles, voir J. Bakan et D. Scheiderman, *Mémoire au Comité permanent du Sénat sur les affaires juridiques et constitutionnelles concernant le projet de loi C-22* [non publié].

[60] *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, supra* note 2 à la p. 26.

[61] J.Locke, *The Second Treatise on Government*, New York, Macmillan, 1985, pp. 9-10.

[62] Comme l'a déclaré la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (l'affaire demandant si le Québec pourrait se séparer du Canada par une déclaration unilatérale de souveraineté), *supra* note 57, para. 76 :

> « Les Canadiens n'ont jamais admis que notre système est entièrement régi par la seule règle de la simple majorité. »

[63] [Traduction] « Il est inhérent au concept de la décision judiciaire, au moins tel que compris dans le monde occidental, que le juge ne doit pas être un allié ou un partisan de l'une des parties au litige », Hogg, *supra* note 58, à la p. 172.

[64] La décision prise par des juges neutres est considérée comme l'un des plus grands bienfaits de toute société civilisée; voir J. Locke, *supra* note 61aux pp. 9-10. Toutefois, pour une discussion sur la mesure dans laquelle un juge ne peut jamais être obligé de parvenir à une certaine conclusion par suite de la nature interprétative des lois et du caractère hautement prisé du rôle judiciaire, voir D. Kennedy, « Toward a Critical Phenomenology of Judging » dans A. Hutchinson et P. Monahan, *supra* note 25 à la p. 141.

[65] W.R. Lederman, « Judicial Independence and Court Reform in Canada for the 1990's » (1987) 12 *Queen's L. J.* 385.

[66] Le juge en chef Antonio Lamer faisait remarquer :

> La primauté du droit, interprétée et appliquée par des juges impartiaux, est la garantie du respect des droits et libertés de chacun[...] Au fond, l'indépendance judiciaire concerne à la fois l'apparence et la réalité de l'impartialité. Il va sans dire qu'il s'agit là d'éléments essentiels d'un pouvoir judiciaire efficace. L'indépendance n'est pas un avantage qui se rattache à la charge de juge, mais bien le garant des conditions institutionnelles de l'impartialité.

M. Friedland, *Une place à part : Indépendance et responsabilité de la magistrature au Canada,* Ottawa (Ont.), Conseil canadien de la magistrature, 1995, p.1. Pour d'autres discussions sur l'impartialité et l'indépendance de la magistrature, voir *Valente* c. *la Reine,* [1985] 2 R.C.S. 673, p. 685; R. c. *Genereux,* [1992] 1 R.C.S. 259, p. 283; R. c. *Beauregard,* [1986] 2 R.C.S. 56, p. 69; *Liteky* c. *U.S.* (1994), 114 S.Ct. 1147, p. 1155, citation autorisée dans *R.D.S.* c. La Reine (1997), 10 C.R. (5e) 1 (C.S.C.) au para. 105; R. Devlin, « We Can't Go On Together With Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in R. v. R.D.S. » (1995) 18 *Dal. L.J.* 408.

[67] Dans *R.D.S.* c. *La Reine, ibid.*, au para. 106, le juge Cory citait avec approbation R. c. *Bertram,* [1989] O.J. 2123 (H.C.), aux pp. 51-52 :

> Dans le langage usuel, le mot anglais « *bias* » décrit un penchant, une inclination, une prédisposition vers un côté ou un autre afin d'atteindre un résultat. Appliqué aux procédures juridiques, il signifie la prédisposition à décider d'une question ou d'une cause qui ne laisse pas au juge l'esprit complètement ouvert à la condamnation. « *Bias* » est un état ou un état d'esprit qui fait osciller le jugement et rend un fonctionnaire judiciaire incapable d'exercer ses fonctions de façon impartiale dans un cas donné.

[68] L'échange fictif entre Thomas More et William Roper dans la pièce « *A Man For All Seasons* » illustre cette idée :

> [traduction]
> More : ...Que feriez-vous ? Sabrer les lois, pour mieux courir après le diable ?
> Roper : Je me débarrasserais de toutes les lois de l'Angleterre !
> More : Oh ? Et quand viendra la toute dernière loi et que le diable se retournera vers vous – où irez-vous vous cacher, Roper, toutes les lois ayant alors disparu ? Ce pays est couvert de lois, d'une côte à l'autre – ce ne sont pas les lois de Dieu, mais les lois des hommes – et si vous les supprimez – et je sais que vous allez le faire – pensez-vous réellement que vous pourrez faire face aux vents qui les

emporteront ? Oui. Pour ma propre sécurité, j'accorderai alors au diable la protection du droit.

R. Bolt, *A Man For All Seasons: A Play of Sir Thomas More,* Toronto (Ont.), Bellhaven House, 1963, p. 39.

[69] Dans D. Schneiderman, *The Quebec Decision: Perspectives on the Supreme Court Ruling on Secession,* Toronto (Ont.), Lorimer Publishing, 1999, l'auteur expose différents points de vue sur cette affaire.

[70] *Renvoi relatif à la sécession du Québec, supra* note 57, para. 33.

[71] R. c. *Sparrow*, 70 D.L.R. (4e) 385, à la p. 412.

[72] *Renvoi relatif à la sécession du Québec, supra* note 57, para. 49.

[73] *Ibid.*, para. 32.

[74] *Ibid.*, para. 49.

[75] Voir J. Borrows, « Constitutional Law From a First Nations Perspective: Self-Government and the Royal Proclamation » (1994) 28 *U.B.C.L. Rev. 1-48.*

[76] B. Slattery, « The Organic Constitution: Aboriginal Peoples and the Evolution of Canada » (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.*, p. 101.

[77] La juridiction a cependant souligné l'importance des traditions orales autochtones (*Delgamuukw, supra* note 27, para. 78-108), de leur droit (R. c. *Vanderpeet*, (1996), 137 D.L.R. (4e) 289 et de leurs points de vue (*Sparrow, supra*, note 71 à la p. 401. Pour des commentaires universitaires sur les répercussions des valeurs normatives autochtones sur le droit constitutionnel, voir J. Borrows et L. Rotman, « The Sui Generis Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference » (1997) 36 *Alta L. Rev.* 9; S. Henderson, « Empowering Treaty Federalism » (1995) 58 *Sask. L. Rev.* 241; B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987) 66 R. *du B. can.* 727; J. Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity,* Cambridge, Cambridge University Press, 1995; J. Weber, Relations of Force and Relations of Justice: The Emergence of Normative Community Between Colonists and Aboriginal Peoples » (1995) 35 *Osgoode Hall L.J.* 623; M. Walters, « The Golden Thread of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 » (1999) 44 R.D. *McGill L.J.*, p. 711.

[78] *Renvoi relatif à la sécession du Québec, supra* note 57, para. 32.

[79] *Ibid.*, para. 54.

[80] Le juge Lamer a écrit :

> Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre.

Ibid., para. 49.

[81] *Ibid.*, para. 55.

[82] *Ibid.*

[83] Discussion de l'orientation centraliste de la *Loi constitutionnelle de* 1867 par D. Creighton dans *Confederation: Essays,* Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 1967.

[84] *Renvoi relatif à la sécession du Québec, supra* note 57, para. 55 et 56.

[85] *Ibid.*, para. 58.

[86] A. Cairns, « The Judicial Committee and its Critics » (1971) 4 *Canadian Journal of Political Science* 301; M. Greenwood, « Lord Watson, Institutional Self-Interest, and the Decentralization of Canadian Federalism in the 1890's » (1974) U.B.C. L.Rev. 244; R. Risk, « Constitutional Scholarship in the Late Nineteenth Century: Making Federalism Work » (1996) 46 U.T.L.J. 427.

[87] *Citizens Insurance Company* c. *Parsons* (1881), 7 A.C. 96 (P.C.); *Hodge* c. *The Queen* (1883), 9 A.C. 117 (P.C.); *A.G. Ontario* c. *A.G. Canada* (*The Local Prohibition Reference*), [1896] A.C. 348 (P.C.); *Montreal* c. *Montreal Street Railway,* [1912] A.C. 333 (P.C.); *A.G. Canada* c. *A.G. Alberta* (*The Insurance Reference*), [1916] 1 A.C. 598 (P.C.); *Reference Re the Board of Commerce Act 1919 and the Combines and Fair Prices Act, 1919,* [1922] 1 A.C. 191 (P.C.); *King* c. *Eastern Terminal Elevator Co.,* [1925] R.S.C. 434 (C.S.C.); *A.G. Canada* c. *A.G. Ontario* (*Labour Conventions*), [1937] A.C. 326 (P.C.); *A.G. Canada* c. *A.G Ontario* (*The Employment and Social Insurance Act*), [1937] A.C. 355 (P.C.); *A.G. British Columbia* c. *A.G. Canada* (*The Natural Products Marketing Act*), [1937] A.C. 377 (P.C.). Discussion approfondie du renforcement des pouvoirs des provinces aux termes de la Constitution du fait de l'interprétation judiciaire par G.P. Browne dans *The Judicial Committee and the British North American Act,* Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 1967.

[88] Voir B. Ryder, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations » (1991) 36 *McGill L.J.* 309.

[89] La compétence fédérale à propos des peuples autochtones se trouve au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867,* qui prévoit le pouvoir fédéral concernant les Indiens et les terres réservées aux Indiens.

[90] *Renvoi relatif à la sécession du Québec, supra* note 57, para. 53.

[91] *Ibid.*, para. 59.

[92] *Ibid.*, para. 62.

[93] *Ibid.*

[94] *Ibid.*, para. 63.

[95] *Ibid.*, para. 64.

[96] *Ibid.*, para. 65.

[97] *Ibid.*, para. 67.

[98] Voir par exemple la discussion par Cole Harris, *The Resettlement of British Columbia,* Vancouver (C.-B.), U.B.C. Press, 1997 pp. 68-102; P. Tennant, *supra* note 13 aux pp. 39-52 et 96-113.

[99] A.L Getty et A.S. Lussier, *As Long as the Sun Shines and the River Flows,* Vancouver (C.-B.), UBC Press, 1983, pp. 29-190 (élaboration de la *Loi sur les Indiens*); J.R. Miller, *Shingwauk's Visions: A History of Native Residential Schools,* Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 1996, pp. 151-216 (assimilation par la politique des internats).

[100] Voir les volumineuses transcriptions de la Commission royale sur les peuples autochtones, où ces points de vue sont souvent exprimés; sur les peuples autochtones, *Pour sept générations : Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones,* Commission royale sur les peuples autochtones, CD-ROM, Montréal, Libraxus, 1997.

[101] *Renvoi relatif à la sécession du Québec, supra* note 57, para. 67.

[102] George Watts, président de la Nation Nuu-Chah-Nulth sur l'Île de Vancouver, a déclaré :

> On emploie souvent cette expression de titre autochtone. Je m'élève même contre cette expression[...] Chez nous, ce que nous avons c'est le Ha Houlthee, qui n'est pas un titre autochtone. Ha Houlthee est très différent du terme juridique de titre autochtone. Vous ne pouvez pas abolir mon titre, parce qu'il vient de mon chef. Si vous voulez abolir mon titre, vous devez nous détruire en tant que peuple. C'est le seul moyen d'abolir notre titre, débarrassez-vous de nous en tant que peuple.

F. Cassidy, dir., *Reaching Just Settlements: Land Claims in British Columbia,* Lantzville (C.-B.), Oolichan Press, 1991, p. 22.

[103] *Renvoi relatif à la sécession du Québec, supra* note 57 para. 70.

[104] Voir des exemples du ressentiment des Autochtones envers le droit et les politiques du Canada les concernant dans *The Unjust Society, supra* note 41. Cet ouvrage demeure fort pertinent, même s'il a plus de trente ans, car les questions qui y sont soulevées n'ont pas encore été résolues et ont même empiré.

[105] A. McGillivray et B. Comaskey, *Black Eyes All of the Time,* Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 1999, pp. 22-52; D. Culhane Speck, *An Error in Judgement,* Vancouver (C.-B.), Talonbooks, 1987.

[106] Ces questions sont abordées de façon générale par R. Kunin, dir., *Prospering Together : The Economic Impact of the Aboriginal Title Settlements in B.C.,* Vancouver (C.-B.), Laurier Institution, 1998.

[107] Voir l'excellent ouvrage de C. Backhouse, *Colour Coded : A Legal History of Racism in Canada,* Toronto (Ont.), Osgoode Society, 1999, pp. 1-131.

[108] *Renvoi relatif à la sécession du Québec, supra* note 57, para. 74.

[109] *Logan* c. *Styres* (1959), 20 D.L.R. (2e) 416 (H.C. Ont.) (confirme l'expulsion forcée du gouvernement Haudenosaunee traditionnel).

[110] Par exemple, lorsqu'il a rejeté l'existence du titre autochtone en Colombie-Britannique, Joseph Trutch a fait observer que :

> [traduction] Le titre des Indiens en fief des terres publiques, ou de toutes partie de celles-ci, n'a jamais été reconnu par le gouvernement; il a au contraire été formellement rejeté.

British Columbia, Papers Connected with the Indian Land Question, 1850-1875, Victoria (C.-B.), Government Printer, 1875, appendice 11.

[111] J.S. Milloy, *A National Crime : The Canadian Government and the Residential School System, 1879-1986,* Winnipeg (Man.), U. of Manitoba Press, 1999.

[112] Les Autochtones sont sans cesse accusés d'infractions pénales parce qu'ils chassent et pêchent dans le cadre de leur économie traditionnelle. Voici certaines des causes ayant retenu l'attention du public : R. c. *Syliboy,* [1929] 1 D.L.R. 307 (Co. Ct. N.-É.); *Simon* c. *La Reine* (1985), 24 D.L.R. (4e) 390 (C.S.C.); R. c. *Horseman,* [1990] 1 R.C.S. 901, R. c. *Côté* (1996), 138 D.L.R. (4e) 185 (C.S.C.); R. c. *Badger* (1996), 133 D.L.R. (4e) 324 (C.S.C.); R. c. *Marshall,* [1999] 2 R.C.S. 456.

[113] *Thomas* c. *Norris*, [1992] 2 C.N.L.R. 139 (C.S. C.-B.) (La danse sprituelle autochtone (*Spirit Dancing*) n'est pas protégé par la Charte); *Jack et Charlie* c. *La Reine* (1985), 21 D.L.R. (4e) 641 (C.S.C.) (l'utilisation de viande de chevreuil fraîche au cours d'une cérémonie funéraire n'est pas un droit protégé).

[114] Le gouvernement a isolé ou relocalisé bon nombre de bandes afin de les empêcher de s'associer, il craignait qu'elles se regroupent afin de s'opposer à l'érosion de leurs droit.

[115] Une obligation fiduciaire de la Couronne a récemment été formulée pour essayer de remédier aux violations des droits des Autochtones causées par la diversité des façons dont les Autochtones détiennent et utilisent leurs droits. Les causes principales à cet égard sont les suivantes : *Guerin* c. *La Reine* (1984), 13 D.L.R. (4e) 321 (C.S.C.); *Kruger* c. *La Reine* (1985), 17 D.L.R. (4e) 591 (C.A.F.); *Blueberry River Indian Band* c. *Canada* (1995), 130 D.L.R. (4e) 193 (C.S.C.). Pour une analyse plus approfondie, voir L. Rotman, *Parallel Paths*, Toronto (Ont.), University of Toronto Press, 1996.

[116] *Canada (P.G.)* c. *Lavell*, [1974] R.C.S. 1349 (des distinctions odieuses établies dans la *Loi sur les Indiens* on été confirmées.

[117] *Ibid.*

[118] Les Indiens n'ont pu voter au Canada qu'à partir des années 50 tet 60. Par exemple, en Colombie-Britannique, voir *Qualification and Registration of Voters Amendment Act*, 1872, s. 13. Les Indiens n'avaient également qu'un accès limité aux recours en justice. Voir, par exemple, l'art. 141 de la *Loi sur les Indiens* de 1927, qui se lisait ainsi :

> Quiconque, sans le consentement du surintendant général exprimé par écrit, reçoit, obtient, sollicite d'un Indien on lui demande un versement ou une contribution ou la promesse d'un versement ou d'une contribution dans le but de prélever ces fonds ou de fournir de l'argent en vue de la poursuite d'une réclamation que la tribu ou bande indienne à laquelle appartient cet Indien, ou dont il est membre, a ou est réputée avoir pour le recouvrement d'une créance ou de deniers au bénéfice de ladite tribu ou bande, est coupable d'une infraction et, sur déclaration sommaire de culpabilité, possible pour chaque pareille infraction d'une amende[...].

Pour une analyses, voir B. Tiotley, *A Narrow Vision : Duncan Campbell Scott and the Administration of Indian Affairs in Canada*, Vancouver (C.-B.), UBC Press, 1986, à la p.59.

[119] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 57, para. 74.

[120] *Ibid.*, para. 80.

[121] *Ibid.*, para. 82.

[122] *Ibid.*, para. 81.

[123] R. c. *Vanderpeet*, *supra* note 77.

[124] R. c. *Côté*, *supra* note 112, para. 53.

[125] Voir comment la Cour suprême discute de points similaires dans la revendication par le Québec de son droit à la sécession dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 57, para. 131, 133 et 134. Il y a eu exploitation et colonisation des peuples autochtones notamment par : l'imposition de conseils de bande aux gouvernements héréditaires, la criminalisation de leurs relations sociales, économiques et spirituelles par l'adoption des lois sur le Potalch, la fragmentation de l'intégrité de leurs territoires par le refus ou la violation des droits fonciers et la création de petites réserves inadéquates, le refus, depuis un siècle, du droit de vote aux élections fédérales et provinciales, la déportation traumatisante de générations entières d'enfants grâce aux internats et à des lois insensibles de protection de l'enfance, la restriction de l'accès à leurs sources traditionnelles de nourriture par l'imposition de permis de pêche et de chasse discriminatoires.

[126] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 57 para. 138.

[127] *Ibid.*, para. 131.

[128] *Ibid.*, para. 133.

[129] *Ibid.*, para. 134.

Quel qu'en soit le nom ...

Roderick A. Macdonald

Roderick Macdonald à été président de la Commission du droit du Canada (1997-2000). Depuis 1994, il est également titulaire de la chaire F.R. Scott en droit constitutionnel public à la faculté de droit de l'Université McGill, dont il fut le doyen (1984-1989). M. Macdonald a occupé le poste de Directeur du Programme « Droit et société » de l'Institut canadien de recherches avancées (1989-1994). Il a aussi présidé le groupe de travail sur l'accès à la justice du Ministère de la Justice du Québec (1989-1991). Il est devenu membre du Barreau du Haut-Canada en 1977 et du Barreau du Québec en 1983.

Tout au long de ce court essai, j'ai puisé à l'occasion à la source première des canons littéraires de l'Europe occidentale : la Bible.[1]

Mon but n'est pas de faire de profondes déclarations d'inspiration religieuse. Mais plutôt de montrer que les thèmes abordés aujourd'hui sont l'écho des plus profondes préoccupations d'une tradition culturelle – la mienne. En procédant ainsi, je suis conscient de la signification profonde des prières des Aînés et des traditions des peuples autochtones, et souhaite les reconnaître. Par ailleurs, cela étant dit, je laisse à chacun de mes lecteurs le soin de trouver, dans sa propre culture, les analogies appropriées – tâche que je suis évidemment tout à fait inapte à remplir.

Par souci de lisibilité, je n'ai pas réécrit le texte sous la forme d'un document universitaire et j'ai donc gardé au minimum les références de notes de bas de page. En outre, l'ensemble des sources citées dans les autres documents de la collection élimine ce besoin.

Introduction

Les chapitres 19 à 25 du livre de l'Exode, dans le Pentateuque, évoquent l'histoire des dix commandements. Beaucoup ne voient dans cette histoire que 10 commandements, soit leur contenu. Or quiconque, familier avec le droit canadien d'aujourd'hui, contesterait le fait de n'y voir que 10 règles (contenant en anglais moins de 200 mots). Après tout, nos recueils de lois ne contiennent-ils pas des milliers de pages ? Pour les experts en religion, la clé de l'histoire ne tient pas dans ces 10 injonctions

gravées sur des tablettes de pierre mais plutôt dans la réaffirmation des alliances conclues entre Dieu et Abraham et entre Dieu et Noé. Dans ces alliances, Dieu accepte de limiter son pouvoir absolu et consent, premièrement, à ne plus jamais demander de sacrifice semblable à celui qu'il a demandé à Abraham et, deuxièmement, à ne pas accabler l'humanité d'un autre déluge, l'idée centrale étant la réitération des engagements pris par le Créateur envers son (*sic*) peuple « élu », le peuple juif.

Comparez ces accords fondamentaux avec d'autres alliances que connaissent mieux les étudiants de l'histoire de l'Europe occidentale. Depuis la *Paix de Westphalie en 1648*, les gouvernements européens ont systématiquement recherché à mettre fin aux guerres au moyen de documents négociés qu'ils appellent des traités : le *Traité d'Utrecht de 1713*; les nombreux *Traités de Paris* (notamment ceux de 1763 et de 1783); le *Traité de Versailles de 1919*; et ainsi de suite. Ce n'est que lorsque l'une des parties au conflit a complètement écrasé l'autre, ou lorsque les puissances victorieuses ne peuvent s'entendre sur un « nouvel ordre mondial » (comme ce fut le cas à la fin de la Seconde Guerre mondiale) que les États européens renoncent à négocier un traité avec un ennemi vaincu.

Peu de traités entendent seulement réécrire le passé. La plupart sont principalement conçus pour servir de cadre à une interaction future. Parfois ces accords sont également connus sous le nom de conventions. Au XX^{e} siècle, ils sont principalement multilatéraux, regroupant plusieurs parties. Viennent immédiatement à l'esprit les traités créant ou confirmant de vastes alliances politiques et économiques. Le traité qui établit la Triple entente en 1905 en est un exemple. L'*Accord de libre-échange* entre le Canada et les États-Unis et plus tard l'*Accord de libre-échange nord-américain* en sont deux autres. Mais les traités peuvent aussi avoir des portées plus restreintes : la *Convention de Varsovie de 1919* et la *Convention de Chicago de 1949*, traitant toutes deux des aspects de l'aviation civile, sont aussi des exemples bien connus. Dans tous ces cas, le traité est avant tout un instrument facilitant et porteur d'avenir.

Naturellement, il n'y a pas que les États et les nations qui négocient des traités. Tous les types d'organisation humaine – qu'il s'agisse d'organisations politiques, sociales, culturelles ou économiques – sont constamment engagés dans un processus de négociation de traité. Ce processus vise fréquemment la fusion d'institutions. En 1919, les églises *Congregational* et *Méthodistes* ainsi que la plupart des congrégations presbytériennes du Canada ont décidé de fusionner en une nouvelle entité appelée l'Église unie du Canada. Durant la Seconde Guerre mondiale, l'équipe de hockey des Maroons de Montréal a accepté de se faire absorber par les Canadiens de Montréal, même si la patinoire sur laquelle devait jouer la nouvelle équipe, le Forum de Montréal, appartenait aux Maroons. En 1969, l'Université Sir George Williams (institution d'enseignement de soir parrainée par le YMCA de Montréal Centre) a fusionné avec le Collège Loyola (qui, comme son nom l'indique, était un collège d'arts libéraux géré par des Jésuites, à Notre-Dame-de-Grâces, dans la banlieue de Montréal) pour former l'Université Concordia. Plus récemment, nous avons assisté à une avalanche de tentatives de fusions au niveau des sociétés : la fusion terminée de Air Canada et de *Canadian* et les négociations infructueuses menées entre *Burlington Northern-Southern Pacific* et le *Canadian National* en sont des exemples importants.

Ces alliances de large portée politique, sociale, culturelle et économique ne comportent pas toujours des fusions ni des regroupements. Les syndicats signent régulièrement des conventions collectives avec les employeurs. Les coopératives agricoles sont des organismes nés d'alliances conclues entre plusieurs producteurs de produits agricoles. Les accords d'association entre avocats, ingénieurs ou comptables remplissent les mêmes fonctions. Les statuts d'une société, la création d'un club social, un accord multipartite sur l'environnement, une entente tacite découlant d'un conseil de détermination de la peine, sont autant de types d'alliance.

Même deux individus peuvent utiliser le traité pour organiser leurs affaires. À la suite d'une condamnation criminelle, un délinquant peut signer un accord de restitution avec la victime.

Lorsqu'un mariage est sur le point de se dissoudre, le couple peut négocier un accord de séparation ou même un règlement de divorce que la Cour entérinera par la suite. Ces accords « privés », tout comme les traités entre États, n'interviennent pas toujours comme moyen de résoudre un conflit ou de surmonter un problème. Ils peuvent aussi jouer, et jouent effectivement, une importante fonction de planification. Les futurs époux peuvent signer un accord prémarital qui régira notamment leurs affaires économiques. Il peut être demandé aux futurs employés de signer des accords de non-concurrence, comme condition d'emploi. Le droit des contrats est en résumé un ensemble de règles sur comment faire des traités.

Les exemples qui précèdent ne sont qu'une illustration – un inventaire très incomplet des pratiques et des possibilités concernant les traités. Néanmoins, ils suggèrent combien la notion de traité se retrouve partout aujourd'hui. Selon cette phrase mémorable de sir Henry Maine, la première institution pour communiquer entre les personnes est passée, du moins officiellement, « de l'état au contrat ».

Mais il y a autre chose. La plupart des accords aujourd'hui se font par écrit. Mais ce n'est pas une obligation. Ainsi, les alliances originelles conclues entre Dieu et Abraham et entre Dieu et Noé n'étaient pas écrites. En fait, alors que les dix commandements ont été gravés sur des tablettes de pierre, l'alliance de Dieu avec Moïse et le peuple juif fut scellée par le sang et symbolisée par « l'Arche d'alliance ». De la même façon, lorsque de futurs époux échangent des bagues de fiançailles, ces bagues symbolisent leur engagement et les alliances leurs vœux de mariage. Aussi, quand des gens viennent de conclure un accord, ils se serrent la main ou portent un toast pour célébrer le succès des négociations; la poignée de mains ou le toast tiennent lieu d'accord.

Une bague, une poignée de main, un toast sont les signes concrets d'un accord; ils ne sont nullement l'accord lui-même. L'accord est plus large, plus subtil et plus profond que le symbole. Intuitivement, la plupart des gens comprennent cette idée. Et pourtant, ils ont des difficultés à l'appliquer aux termes

d'une alliance écrite. C'est sans doute parce que les êtres humains croient habituellement – à tort, bien sûr – que les mots ont un sens à la fois intrinsèque et extrinsèque. Ce n'est qu'en faisant une distinction entre la « lettre » et « l'esprit » que nous sommes capables de voir pourquoi le texte d'un accord peut équivaloir à un échange de bagues ou à une poignée de main. Le texte est la manifestation physique de l'accord. Il n'est pas l'accord lui-même, bien qu'il en tienne lieu. Les avocats spécialistes des contrats comprennent bien aujourd'hui, tout comme Moïse et le peuple juif l'avaient compris il y a 3 000 ans, que le document écrit appelé contrat n'est rien d'autre qu'un moyen d'obtenir l'accord des parties.

Alliances, traités, accords, contrats …tiennent tous une grande place dans la vie moderne. Tous font aussi partie de nos divers héritages et jouent à peu près la même fonction sociale. Quelle est cette fonction ? Il s'agit de gérer l'incertitude d'une relation existant entre deux ou plusieurs êtres humains en étroite interaction, ou deux ou plusieurs institutions (principalement des États ou des entreprises économiques) en les faisant s'engager à suivre une certaine ligne de conduite. Cela signifie : 1) une reconnaissance mutuelle; 2) la description d'un passé; 3) des stipulations rudimentaires de ce à quoi l'on peut s'attendre à l'avenir, 4) l'annonce des avantages d'une adhésion de bonne foi tout comme celle des inconvénients que pourrait représenter un manquement à cette bonne foi[2].

En tant que forme particulière d'engagement entre plusieurs personnes ou plusieurs institutions, le traité partage plusieurs caractéristiques des alliances, accords ou contrats. Or, les mots que nous utilisons pour définir ces différentes formes d'engagement ne sont pas synonymes. Si chacun porte un nom différent, il y a une raison. Le mot traité a été investi d'un sens qui commande des attentes vis-à-vis de ces caractéristiques communes. C'est la raison pour laquelle certaines personnes semblent s'acharner à vouloir savoir « Qu'est-ce qu'un traité ? » mais aussi la raison pour laquelle le *Oxford Dictionary* pas plus que la Cour suprême du Canada ne peuvent jamais donner du traité une définition adéquate.

Le traité étant un symbole performatif, il ne peut être défini. Ni les types standards *per genus et differentium* (ou comparatifs) de définitions juridiques, si familiers aux avocats, ni les définitions fondées sur l'essence même (les caractéristiques substantives nécessaires) des choses, ni les définitions officielles, ni les définitions téléologiques des choses par rapport à leur objet ou à leur fonction, ne peuvent rendre adéquatement compte des traités. La seule réponse possible à la question « Qu'est-ce qu'un traité » est tout simplement « Ce que les parties souhaitent qu'il soit. »

Cela ayant été posé, aux fins de la discussion, un ensemble d'idées sur les traités peut, néanmoins nous aider à orienter notre pensée. Un traité imagine le futur mais il vit au passé. C'est un symbole mais sa fin est instrumentale. Son texte est officiel, expressif mais il sous-entend une suite à donner. Il énonce la vérité mais, paradoxalement, il le fait en reconnaissant le caractère partiel de cette même vérité. Plus important encore pour nos fins, un traité est une intention morale qui n'ose pas dire son nom. Je crois que ce sont là les cinq idées qui confèrent aux traités, et au processus de négociation des traités, ce rôle crucial dans l'itération permanente des relations entre peuples autochtones et non autochtones en Colombie-Britannique.

Permettez-moi de discuter rapidement de la portée de chacune de ces idées afin, aujourd'hui, de « parler franchement à propos des traités.

Le futur à la lumière du passé

Que veux-je dire quand j'énonce qu'un traité imagine le futur en réimaginant le passé ?

Voici. Les enfants jouent souvent au pompier, au docteur, au policier, au professeur ou autre. Ce jeu d'enfant est le reflet implicite de la question « Que voudriez-vous faire plus tard quand vous serez grand ? » Il n'y a bien sûr jamais de réponse déterminée à la question. Nos désirs, nos aspirations de carrière

fluctuent en permanence. Je peux personnellement attester que, même à l'âge de 50 ans, on ne sait pas encore vraiment ce que l'on voudra faire quand on sera grand. Cette pensée est joliment abordée dans les Corinthiens I (13, versets 11-12). On peut y trouver ceci, selon la version de la Bible de Jérusalem « Lorsque j'étais enfant, je parlais en enfant, je pensais en enfant, je raisonnais en enfant; une fois devenu homme, j'ai fait disparaître ce qui était de l'enfant. Car nous voyons, à présent, dans un miroir, en énigme, mais alors ce sera face à face. À présent, je connais d'une manière partielle; mais alors je connaîtrai comme je suis connu. » Ces versets lucides signifient que les adultes, tout comme les enfants, ne peuvent prétendre qu'à une connaissance et à une compréhension partielles. Nous ne vivrons pas, du moins en ce monde, le moment magique où nous atteindrons la connaissance parfaite.

Le fait de ne pas pouvoir atteindre cette connaissance parfaite ne signifie pas, bien sûr, que nous soyons condamnés à vivre et à parler d'une façon qui ne soit pas vraie. Reconnaître notre connaissance imparfaite est le premier pas vers la vérité. Chaque jour, nous réécrivons constamment nos autobiographies avec cet objectif à l'esprit. Nous utilisons ces mises à jour autobiographiques pour mieux comprendre pourquoi nous sommes ce que nous sommes aujourd'hui, comment nous y sommes parvenus et ce qu'il nous reste à faire pour devenir ce que nous souhaitons être. L'événement que nous pouvons avoir considéré comme peu important au moment où il s'est produit, il y a des années, nous le reconsidérons souvent, beaucoup plus tard, comme un événement marquant de notre vie; et vice versa. Certains événements ont une trajectoire alternante : futiles à 25, fatals à 45; insignifiants à 65.

Les expériences et les sentiments que nous choisissons de nous rappeler et pour lesquels nous sommes capables de nous souvenir de faits autobiographiques survenus dans le passé dépendent beaucoup de la façon dont nous voulons comprendre notre présent. En même temps, notre connaissance du présent dépend de ce dont nous nous souvenons de notre passé et de la façon dont nous imaginons notre futur. Tout comme nous avons tous plus d'un futur possible, nous avons tous plus d'un passé

possible. Le lustre dont nous parons nos vies actuelles dépend de la façon dont nous choisissons de concilier nos passés et nos futurs. Notre autobiographie est toujours incomplète, et toujours hypothétique, même à l'instant où nous l'écrivons.

Et là est toute la question. Un traité, c'est comme une autobiographie, à cette différence près : il s'agit d'un produit conjoint des parties au traité qui représente l'autobiographie d'une relation. Un traité est la tentative, au moment présent, de voir et de comprendre nos divers futurs possibles à la lumière de nos divers passés possibles. Ce qu'un traité peut dire aujourd'hui ne sera pas exactement la même chose que s'il avait été rédigé il y 10 ans ou s'il devait être rédigé dans 10 ans. Dix ans passés, les présentes biographies des parties aux traités étaient différentes; 10 ans plus tard, elles seront aussi différentes. Il ne peut jamais y avoir de traité parfait, négocié et rédigé en pleine connaissance et en pleine compréhension. Il ne peut y avoir que des traités authentiques négociés dans l'acceptation du caractère partiel et contingent de nos passés, de nos présents et de nos futurs.

Toutes les parties aux traités doivent être prêtes à reconnaître les mythes autobiographiques du passé qui, pour former le présent et orienter l'avenir, surgissent sur la voie des mythes autobiographiques conjoints qu'elles imaginent et à s'en défaire quand il le faut[3].

Un symbole et un instrument

Suggérer qu'un traité soit à la fois un symbole et un instrument, c'est reformuler l'une des plus difficiles questions que nous pouvons poser relativement aux artefacts humains. Ces produits de l'effort humain sont-ils un moyen en vue d'atteindre une fin, sont-ils une fin en soi ? Ou sont-ils tout cela à la fois ?

Une réaction habituelle, lorsque des négociations en vue d'un accord achoppent sur le texte est de s'écrier : « Oubliez le langage technique, donnez-moi simplement ce que je veux ». Des déclarations de ce genre se fondent évidemment sur l'idée que seul le résultat compte, non la façon dont le résultat est atteint. Dans cette vue instrumentale de l'activité humaine et des

relations, le traité en tant que tel n'a pas de valeur particulière. Le traité est un simple moyen en vue d'une fin; et la fin réelle est de déterminer qui obtient quoi ? dans quelles conditions ? et pour combien de temps ? Que ces fins soient atteintes par traité, par acte unilatéral, par adoption d'une loi ou par un règlement imposé par une tierce partie est tout à fait secondaire. En d'autres termes, si l'on accepte la vue instrumentale selon laquelle un traité n'a aucune valeur intrinsèque, qu'il soit négocié ou non est sans importance. *A fortiori*, qu'un traité ait deux pages ou qu'il en ait 200 est tout aussi négligeable; et que son libellé soit élégant ou ampoulé importe encore moins.

Comparons maintenant cette approche avec l'idée selon laquelle le « message est dans le média ». Dans ce cas, le contenu particulier d'un traité serait de loin beaucoup moins important que le fait qu'il existe un traité sur lequel se sont entendues des parties. Le traité en tant que constatation de la reconnaissance mutuelle des signataires, non des engagements précis qu'il énonce, est le but de l'exercice. Ces engagements n'ayant qu'une valeur passagère, qu'ils soient ou non exécutoires, ou même voulus comme tels par les parties, cela a beaucoup moins d'importance que l'élégance et la passion avec lesquelles ils sont exprimés. La reconnaissance étant le but premier, tout endossement remarqué de cette reconnaissance est ce qui donne au traité sa résonance et son objet. Comparez, par exemple, la *Emancipation Proclamation of 1862* de Lincoln avec le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*.

Mieux encore, la solennité de la cérémonie de signature, le poids et la qualité du parchemin ou du papier utilisé, le style des caractères ou de la calligraphie choisi tout comme les ornements héraldiques du document, peuvent tous constituer de puissantes affirmations de reconnaissance et d'engagements mutuels. Ils renforcent le sens précisément parce qu'ils ne l'expriment pas ouvertement. Comme un auteur célèbre l'a expliqué, après avoir terminé la rédaction d'un long manuscrit, parlant de son époux envers qui elle était très reconnaissante : « Peut-être qu'il ne sait pas ce que signifie ce travail, mais il sait ce que ça a signifié ».

On peut déceler une idée semblable dans la façon dont les discussions sur le rôle du Québec dans la Confédération canadienne ont été articulées durant les années 1960 et 1970. Il semblait y avoir un manque de communication entre ces Québécois d'expression française qui se qualifiaient de séparatistes et ces Québécois, qu'ils soient d'expression anglaise ou française, qui leur opposaient leur « projet de société ». De nombreux Canadiens anglophones frustrés se demandaient constamment, de bonne foi, « Que veut le Québec ? » et la seule réponse possible à mon avis était que « Si vous devez poser la question, c'est qu'il n'y a pas d'espoir! ».

Dans les situations de tension, lorsque l'une des parties estime qu'il n'y a pas de reconnaissance et de respect, il est difficile d'énoncer le problème. La réponse de ceux qui voient la blessure et qui souhaitent sincèrement l'apaiser est d'essayer de le faire directement en posant des gestes concrets pour y mettre fin. Demander « Que voulez-vous ? », c'est poser un tel geste. Pourtant, dans de nombreux cas, cela ne fait que raviver la difficulté première. Pour les séparatistes du Québec, la riposte instrumentale à une demande instrumentale ne peut être que – « indépendance ». L'idée qui sous-tend la riposte étant, naturellement, que si l'indépendance est réalisée, reconnaissance et respect s'en suivront.

Mais cela est faire les choses à l'envers. Reconnaissance et respect doivent d'abord se manifester; en leur présence, les questions instrumentales seront énoncées différemment et pourront recevoir des réponses plus complètes. La clause sur la société distincte du défunt *Accord du Lac Meech* est une excellente illustration de l'incommensurabilité des revendications symboliques et instrumentales. Au Québec, nombreux étaient ceux qui appréciaient la clause pour son symbolisme – la reconnaissance; alors qu'à l'extérieur du Québec, elle était dénigrée pour son impact instrumental (hautement improbable) – le statut spécial. Il ne peut jamais y avoir de dialogue possible entre des questions et des réponses de nature instrumentale, d'une part, et des affirmations symboliques, de l'autre.

Pour ne pas perdre cette idée, notons que ce ne sont pas seulement les textes écrits dans un langage naturel qui sont censés concilier le symbolique et l'instrumental dans l'interaction humaine. Un hymne national et un drapeau auront la même fonction. Le « wampum à deux rangs » est un autre artefact humain de nature conciliatrice. Tous sont naturellement hautement symboliques dans leur représentation, beaucoup plus que dans leur contenu. Leur pouvoir vient de ce qu'ils représentent, non de ce qu'ils disent.

Pour toutes ces raisons, on ne peut échapper à la conclusion suivante. Le processus de négociation des traités qui ne cherche qu'à régler des points particuliers du genre « Que voulez-vous ? » ne saisit que partiellement la raison d'être d'un traité. Cela ne veut pas dire que le contenu instrumental ne soit pas important. Mais, alors qu'on s'est entendu sur tous les détails, si le processus de négociation reflète un manque de reconnaissance, il en résulte ressentiment et amertume. Le message tacite en pareil cas est toujours : « Nous vous avons donné ce que vous vouliez; maintenant rentrez chez vous et taisez-vous ».

Toutefois aucun rejet aussi facile n'est possible quand la demande est libellée non pour dire « donne-moi ce que je veux » mais plutôt pour dire « donne-moi ce qui m'est dû ». Établir exactement ce qui est dû est au cœur de tout processus de négociation – y compris le processus de négociation de traité. Il comporte nécessairement beaucoup plus que le fait de cocher « accepté » ou « rejeté » en marge d'une liste de « demandes non négociables ». À moins qu'un traité ne réponde au besoin symbolique de reconnaissance, d'identité, de respect, il est peu vraisemblable qu'il contribue de façon durable à la réalisation de fondements sur lesquels pourront perdurer des situations mettant en jeu une interaction humaine complexe.

Nous en sommes aujourd'hui à un point où trop de gens ont investi beaucoup trop de capital émotif dans le mot « traité », pour rejeter le terme. Pour ces gens-là, le simple fait de demander « Qu'est-ce qu'un traité ? » est une autre façon de dire que, quel

que soit le contenu d'un accord, il doit symboliquement prendre la forme d'un traité[4].

Expressif et performatif

Un traité est, officiellement, un document ou tout autre artefact censé exprimer l'entente et la volonté conjointe de ceux qui y sont parties. C'est un effort pour tenter de capter sous forme de canons une série d'engagements que les parties prennent les unes envers les autres. Certains traités peuvent être très détaillés. C'est le cas du *Traité de libre-échange nord américain*. D'autres peuvent être très courts et très laconiques. « Voulez-vous prendre pour époux, pour l'aimer fidèlement aux jours de bonheur comme aux jours difficiles, tout au long de votre vie… » « Oui, je le veux. »

Ce qu'un traité exprime ouvertement n'est qu'une fraction de ce qu'il dit. Les diverses dispositions d'un traité sont, dans une certaine mesure, des réponses aux questions que les négociateurs ont posées durant le processus de négociation. Mais elles sont aussi beaucoup plus que cela. Bien que formulées à l'indicatif plutôt qu'à la forme interrogative, ces dispositions sont avant tout d'autres questions qui, de l'avis des négociateurs, garderont vivant le processus de négociation. Pour faire une analogie avec la musique, il existe des thèmes sur lesquels les générations futures sont invitées à composer des variations en fonction de l'époque et du lieu.

Il est important, néanmoins, de s'attarder sur le langage particulier des traités. Les traités de l'époque moderne sont, avant tout, rédigés conformément au vocabulaire, à la grammaire et à la syntaxe d'un langage naturel. Or, parfois, les mots nous manquent : un traité peut être tout à fait vague ou intentionnellement silencieux sur certains des points déterminants que les parties doivent régler. Cela n'est pas inhabituel dans les affaires humaines. Lorsque des époux se disent « Je t'aime », ils entendent souvent éluder toute autre question du genre « pourquoi ? », « comment ? » et « pour combien de temps ? ». De la même façon, de nombreux traités contiennent des énoncés qui reflètent et affirment un engagement mais qui aussi entendent englober à l'avance toute autre considération relative au

contenu de cet engagement. Cela va même plus loin. Parfois, des négociateurs s'entendent consciemment pour éviter de négocier sur des dispositions traitant de certains sujets. Pour toutes ces raisons, la fonction expressive du texte des traités est un équilibre entre deux paradoxes : le besoin **de ne pas dire** quelque chose en le mentionnant expressément; et le besoin de dire quelque chose **en ne le mentionnant pas** expressément.

Mais il y a plus dans un traité que le langage, ou l'absence de langage, qui l'exprime. Un traité est performatif tout autant qu'expressif. C'est-à-dire qu'un traité n'est pas simplement un écrit qu'on lit et qu'on met sur les tablettes. Un traité est conçu pour inspirer une ligne de conduite. À cet égard, un traité est le reflet et la reconnaissance de l'interrelation étroite nécessaire existant entre les parties au traité. Un traité naît de la reconnaissance par les parties qu'elles sont liées pour le long terme. Aucune ne pourra y échapper. La première fonction performative du traité est donc d'aider les parties à trouver, à décrire et à vivre ce qu'elles ont en commun – ce qu'elles souhaitent partager.

Ce partage peut être d'ordre matériel ou intellectuel, ou les deux. Des parties peuvent partager le même territoire, les mêmes ressources, la même maison. Elles peuvent aussi partager une histoire glorieuse. Elles ont peut-être souffert ensemble de privations; elles ont peut-être surmonté ensemble des obstacles. Elles ont peut-être partagé des triomphes, partagé des échecs. Parfois, la seule chose que les parties au traité ont partagé dans le passé n'est que haine et suspicion. Un bon exemple de ce genre de traités est le *Traité de Rome* aux termes duquel les premiers éléments de l'entité politique, connue aujourd'hui sous le nom de Communauté européenne, se sont regroupés dans le cadre du *Pacte du charbon et de l'acier* signé en 1951. Lorsqu'il fut signé, la France et l'Allemagne ne partageaient qu'une antipathie réciproque. Mais cette antipathie, et les craintes qui l'accompagnaient, étaient partagées et ont constitué les bases d'un processus de négociation de traité.

Le rôle du traité est en grande partie de reconnaître explicitement un partage dans le passé et la transformation de ce partage, souvent négatif, en un partage positif pour l'avenir, partage que l'on entend réaliser de bonne foi. Permettez-moi d'expliquer cette idée en opposant deux façons différentes pour les êtres humains de se regrouper dans leur intérêt mutuel. Dans certains cas, ils se regroupent afin de poursuivre un ou plusieurs buts communs. Par exemple, imaginez deux voyageurs allant dans des directions opposées qui tombent par hasard sur un énorme rocher qui bloque le chemin. Aucun ne peut à lui seul déplacer le rocher. Alors qu'ensemble, ils le peuvent. En travaillant ensemble pour atteindre un but commun, ils réalisent un objectif qui est bénéfique pour chacun. Comparez cela à la situation de deux voisins où l'un fait pousser du blé et l'autre élève des vaches. Ils peuvent se regrouper en une coopérative au bénéfice des deux en échangeant du blé pour du lait, mais chacun continue à poursuivre son propre but.

Ces deux exemples reflètent, en forme simplifiée, deux principes de l'association humaine : l'organisation par la poursuite de fins communes; et l'organisation par réciprocité. Au premier coup d'œil, les traités semblent prendre la forme d'une organisation par réciprocité – ils semblent n'être rien d'autre qu'un accord ou un contrat par lequel les parties échangent des revendications ou des biens contre les revendications ou les biens de l'autre. Nombreux sont ceux qui, dans les processus de négociation, veulent en fait des traités pour nier qu'il y a eu un passé partagé et pour envisager l'existence d'un futur partagé. Les traités sont aussi, néanmoins, le reflet d'une organisation en fonction de fins communes et de la poursuite d'un objectif partagé. En d'autres termes, ces deux principes de l'association humaine ne sont pas mutuellement exclusifs.

En fait, ce qui donne au traité son caractère distinct par rapport au contrat ordinaire, c'est l'égale importance accordée à ces deux principes. Si la fonction expressive d'un traité semble prendre naissance dans la réciprocité et l'échange, sa fonction performative se déroulera par contre dans l'organisation de fins communes au profit d'un futur commun. De même, si les traités

sont l'occasion d'exprimer le partage d'un passé, d'un présent et d'un avenir, ils le font en revanche en reconnaissant la réciprocité de toutes les performances[5].

Dire vrai sans mentir

Chaque fois que nous parlons, nous racontons une histoire. Et comme nos mots sont tissés les uns aux autres (propriété discursive des langages naturels), nous faisons nécessairement des choix quant à ce que nous considérons comme étant les éléments importants de l'histoire, l'ordre dans lequel ils devraient être présentés et comment ils devraient être mis en valeur. Comme nous ne sommes pas capables de tout dire d'un seul coup, la façon dont nous racontons l'histoire est tout aussi importante que son contenu. Pour la même raison, comme nous ne pouvons pas tout dire d'un seul coup, chacun de nos énoncés ne sera nécessairement qu'une vérité partielle. Le sens de l'injonction prononcée dans la salle d'audience « Dites la vérité, toute la vérité, rien que la vérité » réside dans la tacite reconnaissance (aveu) que les mensonges les plus condamnables ne sont pas forcément des faussetés patentes. Ces dernières sont généralement décelées et contestées. Ce qui est plus insidieux dans les communications habituelles entre les êtres humains, ce sont les vérités partielles qui masquent leur caractère partiel et se prétendent paroles d'évangile.

Dans les cultures et les sous-cultures orales – que cette oralité exprime des mythes et des légendes traditionnelles ou de simples anecdotes relatives à des membres de la famille décédés depuis longtemps – les histoires sont racontées différemment chaque fois. C'est ce qui explique en partie pourquoi certaines personnes sont des conteuses d'histoires nées alors que d'autres ne le sont pas. Qui plus est, la façon dont nous racontons une histoire dépend aussi souvent de notre public. Des changements subtils de langage et de présentation peuvent radicalement changer la morale d'une histoire, la teneur d'une métaphore, la portée d'une plaisanterie. Pensez seulement aux différentes façons dont les contes de fées sont racontés aux enfants – que ce soit au sein de différentes familles ou au travers de différentes langues. Entre

deux façons de conter ce que l'on pourrait appeler « une même histoire », l'accent et la compréhension peuvent varier d'une façon à l'autre.

Ce n'est pas seulement dans les cultures orales que différentes versions d'une même histoire peuvent se présenter. Des façons multiples de rendre un même événement sont également la caractéristique de la littérature et du journalisme. *West Side Story* est une version moderne de *Roméo et Juliette*; *My Fair Lady* est une reprise de *Pygmalion*. Chaque jour, les manchettes de nos journaux nationaux annoncent le même événement en des termes complètement différents. Même les textes « canoniques » et « sacrés » illustrent la diversité de l'expérience humaine. Dans la Bible, par exemple, il y a quatre Évangiles, pas toujours cohérents, sur la vie et le ministère de Jésus. Mieux encore, les premiers chapitres du livre de la Genèse qui donnent de la création des récits différents.

Dans la Genèse 1 – 2(4a), nous avons une histoire de la création qui dit ceci : 1) la création est divisée en jours et en nuits; 2) les animaux ont été créés avant l'homme; 3) les animaux et tout le reste font partie du dessein de Dieu; 4) l'homme va diriger le monde; 5) hommes et femmes sont créés égaux; 6) les créatures n'ont pas de nom; 7) Dieu sanctifie un jour de la semaine. Or, immédiatement après cette présentation, dans la Genèse 2(4b) – 3(24), nous avons une autre présentation de la création qui nous amène au Jardin d'Éden. Cette histoire affirme que : 1) il n'y a pas de division en nuits, en jours, semaines ou toute autre période de temps; 2) l'homme a été créé avant les animaux; 3) les animaux ne font pas partie du dessein cosmique de Dieu, mais ont été créés pour tenir compagnie aux hommes; 4) l'homme ne doit s'occuper que du Jardin d'Éden, et ne doit jamais le quitter; 5) la femme est créée à partir de l'homme (et après lui); 6) toutes les créatures ont des noms, y compris l'homme et la femme; 7) Dieu interdit de manger le fruit de la connaissance du bien et du mal.

Comment se fait-il que ces deux histoires de la création – qui toutes deux sont écrites et qui se suivent au début de la Bible – soient si différentes ? Comment des textes sacrés de l'Ancien

Testament – textes que les croyants considèrent comme la parole de Dieu – peuvent-ils être contradictoires ? Quel est le vrai récit ? Sont-ils vrais tous les deux, sans être le reflet de toute la vérité ? Je ne peux prétendre répondre à ces profondes questions théologiques. Il est cependant important de noter que ni l'une ni l'autre des versions de l'histoire de la création ne prétend être exhaustive. Toute histoire biblique contient une vérité qui est censée parler au croyant (l'auditeur ou le lecteur attentif) et que ce dernier doit constamment réaffirmer.

Là est toute la question. Nous ne devrions jamais oublier que les traités sont aussi des histoires. Ils ne disent pas et ne peuvent pas dire toute la vérité; en même temps, ils peuvent dire, et en fait disent, la vérité. Comment est-ce possible ? Permettez-moi de vous expliquer. Un traité ou une alliance ne peut raconter qu'une partie de l'histoire. La partie qui est dite est soit imposée (par Dieu ou un conquérant séculaire) soit, comme dans la plupart des traités contemporains, négociée. Nous négocions et renégocions consciemment comment dire aux autres nos parts de vérités afin d'affirmer au monde une vérité plus grande. Car la vérité ne peut jamais être fixée une fois pour toutes; s'entendre sur nos vérités partielles est aussi important qu'essayer de chercher notre vérité transcendantale. Reportons-nous à la première épître aux Corinthiens, 13, versets 8-10 : « Les prophéties ? elles disparaîtront. Les langues ? elles se tairont. La science ? elle disparaîtra. Car partielle est notre science, partielle aussi notre prophétie. Mais quand viendra ce qui est parfait, ce qui est partiel disparaîtra. »

Comme nous ne pouvons connaître des choses qu'en partie, quelle que soit notre prophétie – dans notre traité ou ailleurs – elle sera aussi partielle. Toutefois, une vérité partielle n'est pas nécessairement un mensonge. Elle n'en devient un que lorsqu'elle refuse de reconnaître son caractère partiel. Dans le processus de négociation des traités, comme dans le processus constitutionnel, ce refus survient quand des personnes en viennent à considérer la vérité comme fixée à tout jamais. Ceux qui voient dans le traité le reflet parfait et immuable d'une vérité convenue, tout comme ceux qui s'accrochent à la « compréhension originale » d'une constitution, confondent contingent et absolu.

La vérité doit être constamment réinterprétée et recomprise pour que son caractère partiel ne se fixe pas en un mensonge. Dans les sociétés démocratiques, où le processus de négociation des traités regroupe toujours des négociateurs représentant d'autres personnes dans la réinterprétation et la recompréhension de la vérité, il n'y a pas de route facile vers une entente sur nos prophéties partielles ou sur nos vérités parfaites inaccessibles en ce monde[6].

Une éthique qui n'ose pas dire son nom

Toute action humaine, et toute représentation culturelle des interactions humaines – comme les alliances, les contrats, les accords et les traités – présentent deux aspects : la substance et la forme. Chacun de ces aspects a une éthique ou une moralité qui lui est propre et qui le façonne. La moralité de la substance et de la fin ou finalité est une moralité externe, patente; la moralité de la forme et du processus est une moralité interne, latente. La première se reflète, dans la notion de devoir, – une norme ou des normes au-dessous desquelles il ne faut pas tomber. La seconde se reflète dans une moralité d'aspiration – une norme ou des normes que l'on cherche à atteindre.

Malheureusement, de nos jours, notre compréhension des contrats, des accords et des traités est principalement dominée par une préoccupation démesurée vis-à-vis de la substance et de l'obligation de devoir. Nous avons tendance à focaliser sur le caractère juste ou injuste du résultat; nous ne nous demandons plus si le processus de négociation, lui, a été juste ou injuste. En d'autres termes, une éthique d'aspiration – une éthique qui nous pousserait à nous demander si oui ou non nous négocions de bonne foi – est rarement au centre des préoccupations. Laissez-moi m'expliquer.

Un contrat peut être juste et équitable à cause de la façon dont il reflète la répartition du besoin présent et du risque futur entre les parties. Quand ce n'est pas le cas, nous utilisons des mots comme « abusif » ou « lésionnaire » pour décrire le grossier déséquilibre

des avantages et des inconvénients obtenus ou assumés par les parties contractantes. Dans ces cas, on évalue le résultat de l'accord par rapport à des normes de moralité externes, patentes. Nous condamnons et annulons certains accords parce qu'ils ne répondent pas à une norme minimale de justice et d'équité.

Mais ce n'est pas là la seule dimension éthique du droit des contrats. Il existe aussi une moralité des processus, soit l'équivalent pour les contrats de la notion de voies de droit régulières par rapport à laquelle nous jugeons de l'équité d'un procès. Or, comme il est extrêmement difficile de définir des normes pour les aspirations vers lesquelles nous tendons, nous en sommes venus à énoncer indirectement cette moralité des processus. Nos préoccupations sont formulées presque exclusivement en termes de devoirs. D'où la possibilité d'annuler des contrats s'il n'y a pas eu véritable consentement : les parties agissaient-elles sous le fait d'une erreur ? le consentement de l'une des parties a-t-il été obtenu sous la contrainte ? l'une ou l'autre des parties a-t-elle fraudé ? Notre incapacité à définir une moralité des aspirations signifie que l'« éthique de la négociation » – notre quête pour des négociations de bonne foi – est spécifiquement destinée à rester « une éthique qui n'ose pas dire son nom ».

Ce point peut être illustré à l'aide de quelques exemples. Le contrat commercial moyen, celui qui se conclut tous les jours, n'est pas difficile à déchiffrer d'habitude. Un accord entre un acheteur et un vendeur se rapproche du modèle standard de l'échange économique. En supposant l'absence de distorsions et d'échecs du marché, l'accord devrait se faire sur un prix qui, d'après la définition du prix d'équilibre, est à la fois le plus efficace et le plus juste pour chacune des parties. L'acheteur n'a jamais à payer plus que ce qu'il ou elle veut payer et le vendeur n'a jamais à vendre au-dessous du prix qu'il ou elle souhaite obtenir.

Ici, l'éthique sous-jacente à l'accord est l'égoïsme ou l'hédonisme. En langage commun, nous disons que l'accord est régi par la « moralité du marché ». En pareil contexte, le droit joue un rôle

minime – il surveille l'honnêteté des parties (la prévention de la fraude), l'intégrité de la transaction (pour s'assurer qu'il n'y a pas eu d'erreur sur ce qui est vendu ou ce qui est acheté) et le caractère volontaire du consentement de chaque personne (pour s'assurer qu'il n'y a pas eu coercition ou contrainte). Que l'une ou l'autre des parties doive ou ne doive pas passer le contrat, que l'une ou l'autre des parties signe un accord « objectivement » mauvais ou que l'une ou l'autre des parties dépense dans ce contrat de l'argent pour quelque chose d'autre, ou vende un autre objet que celui stipulé au contrat, ne sont pas des préoccupations dont s'inquiète directement le droit.

D'autres contrats sont presque tout aussi faciles à analyser. Ainsi, une transaction pour un bien de consommation entre un acheteur et un vendeur ressemble à bien des égards à une transaction commerciale. Avec un point de plus cependant. C'est que le droit scrute de beaucoup plus près la valeur « objective » de la transaction de manière à évaluer si elle est « injuste » ou « abusive ». Ici, un certain degré de subjectivité se mêle au calcul moral. Mais là encore, la structure de l'enquête morale en est une qui se rapporte aux devoirs. L'accord répond-il aux normes minimales de justice et d'équité ?

Considérons maintenant cette espèce de contrat que l'on appelle les traités. Les traités ne sont presque jamais aussi faciles à caractériser et à définir que les contrats ordinaires. Tout d'abord, il est souvent impossible d'imaginer exactement ce que devrait être la moralité externe, patente – les normes définissant les devoirs. En d'autres termes, il n'existe pas de « juste prix » auquel on puisse comparer les obligations respectives des parties au traité.

En outre, comme un traité se négocie toujours par rapport à un passé et en prévision d'un futur, il n'est pas facile de définir les hypothèses sur lesquelles se fondent les opinions de chacune des parties. L'une des parties peut voir le traité comme un nouveau départ; dans ce cas, cela conduit inévitablement à demander que toute revendication non réglée par le traité se trouve « éteinte ». Si l'autre partie considère le traité comme une façon de reformuler

les futurs aspects d'une relation qui sera toujours plus large que l'accord lui-même, alors il n'y aura jamais consentement à l' « extinction » de ce qui ne fait pas partie des aspects reformulés dans le traité. Cette difficulté fondamentale de la substance des traités découle du fait qu'il est impossible de s'entendre sur la moralité des devoirs qui sous-tend l'accord.

Une éthique du devoir mal comprise n'est que le début du problème. Plus difficile est de retracer quelle pourrait ou devrait être la moralité latente, interne du processus. Permettez-moi de revenir à un exemple cité au début de ce document. À la fin de la Seconde Guerre mondiale, on s'attendait à ce que soit signé un large traité multilatéral pour terminer la guerre. En fait, pareil traité n'a pas été signé. Un certain nombre d'accords entre les vainqueurs et certains des vaincus ont été signés, mais les vainqueurs (en particulier les É.-U. et l'URSS) n'ont pu s'entendre sur ce à quoi devait ressembler le « nouvel ordre mondial ». Par contre, après la Première Guerre mondiale, le système des États inspiré du *Traité de Westphalie* s'était ajusté, aux termes d'une série d'accords pour laisser place à de nouveaux États naissants. *La doctrine Wilson*, appuyée par les Américains, a fourni le fondement éthique à ces ajustements d'un tel système, qui avait fonctionné pendant presque 300 ans.

Pendant la guerre froide des années 1950 à 1980, les Soviétiques et les Américains ne pouvaient explicitement s'entendre sur les normes qui permettraient à ce système de s'ajuster de nouveau. Les accords d'après-guerre ont pris à la place la forme de l'accord monétaire de *Bretton Woods* en 1944, du *Plan Marshall*, du *Comecon*, du *GATT* etc. Le cadre instrumental de cet ensemble d'arrangements tacites était bien compris et aurait sans doute pu être écrit. Mais sa version symbolique n'aurait pu l'être. Il s'est avéré en fait que le traité de paix ne fut en fait écrit qu'au début des années 1990, après la chute du régime communiste en URSS. Néanmoins s'étaient produits un certain ordre collectif et un certain ajustement des attentes réciproques. Ces décennies de dur travail, d'échanges commerciaux et culturels, ces pactes de défense mutuelle sont devenus le fondement de traités qui furent par la suite ratifiés.

Ici, réside le paradoxe de toutes les moralités de processus. Le processus de négociation n'est jamais uniquement le processus explicite par lequel les parties s'assoient à une table et échangent des listes de vœux. Les négociations les plus difficiles et pourtant les plus constructives sont celles qui prennent place chaque jour dans les réflexions tacites d'une aspiration à la reconnaissance mutuelle. La véritable « éthique de la négociation » est qu'elle ne peut dire son nom car elle repose sur des croyances et des engagements qui sont, et doivent être, mis en pratique avant d'être énoncés. Un traité qui n'est qu'un traité – c'est-à-dire un traité qui est l'aboutissement d'un processus de négociation, plutôt qu'une étape dans un processus permanent de négociation – échouera.

Il échouera parce que sa moralité de processus, sa moralité interne – l'éthique de sa négociation – s'est fondue dans une éthique de devoir, de finalité. Lorsqu'un traité saisit véritablement et reflète des pratiques non énoncées, il réussit. Il réussit parce que sa moralité de processus, sa moralité interne est nécessairement enracinée dans une éthique d'aspiration, de devenir. Paradoxalement, l'attitude des négociateurs face à la substance du traité négocié ne peut donner une idée de la bonne foi des négociateurs. La bonne foi ne peut se mesurer que par rapport à leur attitude face à la signification du processus dans lequel ils se sont engagés[7].

Conclusion

J'aimerais terminer cet exposé en réénonçant sous forme simplifiée les principaux arguments qu'il avance quant à la forme, à la fonction, au processus et au potentiel des traités et quant au processus de négociation des traités.

Premièrement : les traités sont des occasions pour les parties, de planifier un futur partagé tout en reconnaissant un passé. Les deux parties ont commis des erreurs dans le passé. Les traités permettent aux parties d'énoncer ces erreurs, de relativiser leurs causes, d'en tirer des leçons et de s'engager pour le futur. Un

traité est tourné vers l'avenir, mais s'il n'a pas de mémoire, il est creux.

Deuxièmement : un traité a une importante fonction symbolique qui complète la valeur instrumentale qu'il apporte. Un traité crée des occasions de confrontation entre ceux qui sont prêts à tout concéder, mais n'admettent rien, et ceux pour qui des concessions instrumentales sans reconnaissance ne sont rien. Exiger l'« extinction » comme contrepartie d'un traité, c'est insister pour refuser toute importance à la symbolique. Croire qu'un traité aboutira automatiquement à des résultats précis est aussi une erreur.

Troisièmement : le traité est simplement un texte officiel, expressif qui entérine un accord. Mais il signifie aussi qu'il faudra, à bien des égards, le mettre en pratique. La clé est de savoir ce qui est expressif et ce qui est performatif. Le processus d'application est tout aussi important que le résultat concret recherché.

Quatrièmement : un traité est censé dire la vérité mais il ne peut le faire qu'en reconnaissant le caractère partiel de cette vérité. Toutes les affirmations sont nécessairement partielles. Aucune ne saisit toute la vérité, ni ne devrait le faire. C'est pourquoi, plus un traité commande ouvertement sa réinterprétation permanente – plus il favorise un engagement permanent – meilleur c'est.

Cinquièmement : les traités n'existent pas par eux-mêmes. Ils sont négociés. Les négociations sont souvent difficiles et longues. Mais c'est l'une de leurs caractéristiques. Elles surviennent toujours sur la toile de fond d'une intention morale implicite. Et cette intention morale implicite, l'éthique de la négociation, n'ose pas dire son nom. Elle ne le peut pour deux raisons : parce qu'elle est implicite et parce qu'elle est une éthique d'aspiration, de devenir.

Pour conclure. S'il est un message fondamental derrière cette péroraison sur l'« éthique de la négociation », c'est le suivant. Tout processus de négociation de traité engagera toujours les participants à définir la communauté des croyants – soit les

communautés de ceux qui s'engagent de façon explicite les uns envers les autres. Dans Luc (10, versets 25-37), nous trouvons la parabole du bon Samaritain. La parabole est présentée de manière à suggérer une réponse à la question : « Qui est mon prochain ? » comme si l'on me sommait d'essayer de trouver la réponse la plus large possible. Le processus de négociation de traité requiert de chacun de nous de découvrir et de reconnaître directement notre prochain. Ceux qui, sans être nous, sont des nôtres; des gens qui, comme nous sont « de bonne volonté » et de « bonne foi ».[8]

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

[1] Voir : N. Frye, « The Great Code : The Bible and Literature, » Toronto (Ont.), Harcourt, Brace, 1983; P. Gabel, et al, « The Bible as Literature », 3e éd., Toronto (Ont.), Oxford University Press, 1999.

[2] Dans son renouvellement avec Moïse, l'alliance de Yahweh contenait trois de ces quatre éléments standards. Contrairement à un accord entre pairs, cette alliance prenait la forme d'une alliance entre un chef et son peuple. Mais chacun des éléments constitutifs de l'alliance et définis se trouvent dans le Pentateuque. On trouve dans le livre de l'Exode (19-25 :1) l'identification du souverain (C'est moi ton Dieu); un prologue historique (Je t'ai fait sortir du pays d'Égypte, de la maison de servitude); 3) des stipulations (Tu n'auras pas d'autres dieux que moi…et plus généralement, pas d'autres commandements que les miens). Le quatrième élément, bienfaits et calamités, a été reporté au Lévithique (26) et au Deutéronome (28). Ces engagements, qui rendent les traités possibles, sont soigneusement et magnifiquement étudiés par T. Govier dans « Confiance, reconnaissance et éthique de la négociation ».

[3] Dans son excellent document « *Getting There* », H. Foster traite avec éloquence de la réciprocité du passé et du présent.

[4] L'analyse d'A. Lajoie dans « *What Constitutional Law doesn't want to hear about History* » sur la façon dont le droit constitutionnel symbolise (mal) l'histoire est une fine analyse de ce point.

[5] La description détaillée du processus en Nouvelle-Zélande par R. Price, dans le document évoque bien l'importance de la permanence des performances pour donner sens à ce qui est exprimé.

[6] Il s'agit là d'une des leçons fondamentales retenues par J. Borrows dans son document fouillé et bien pensé sur « Questioning Canada's Title to land: Aboriginal Peoples and the Rule of Law ».

[7] Il s'agit ici bien sûr des fondements du document de M. Stevenson sur : « Visions Certainty: Challenging Assumptions ».

[8] C'est là, la conclusion incontournable que je tire de l'habile rapport de J. Tully : « *Réexamen du processus d'établissement des traités en C.-B.* »

Éthique de la négociation : confiance, reconnaissance

Trudy Govier

Confiance, respect, éthique – notions élémentaires

La confiance est un sentiment qui affecte fondamentalement les interactions et les relations dans la négociation et affecte en réalité toutes nos interactions et toutes nos relations. Lorsque la confiance existe, il est relativement facile de communiquer et de résoudre les problèmes. Cela devient difficile et pratiquement impossible, lorsqu'il y a absence de confiance.

La confiance fait appel aux sentiments, aux valeurs, aux croyances, au risque. Lorsqu'en confiance, on se sent relativement à l'aise, détendus, car l'on croit que ceux ou celles à qui l'on fait confiance ne vont pas nous faire de mal ni nous menacer nous-mêmes ou menacer les choses auxquelles l'on accorde de la valeur, même si l'on est vulnérable et que le risque est inhérent à cette relation de confiance. Dans la confiance fondamentalement, on s'attend à ce que ceux à qui on fait confiance ne vont pas nous faire de mal. La nature et le degré de la confiance varient selon les contextes. On estime en général que la confiance existe entre des personnes qui se connaissent dans une certaine mesure. Une certaine confiance existe pourtant entre des étrangers et on peut dire que la confiance et la méfiance caractérisent les relations entre les groupes. Si l'on envisage la confiance dans un contexte familier, par exemple une visite chez le dentiste, il devient apparent qu'elle comporte deux dimensions fondamentales : la compétence et la motivation. On est bien disposé et on accepte de remettre notre bien-être à une autre

Trudy Govier est titulaire d'un doctorat en philosophie de l'Université de Waterloo (1971), et fut pendant plusieurs années professeure à la faculté de Philosophie de l'Université Trent, à Peterborough, en Ontario. Elle a également enseigné à l'Université d'Amsterdam, à l'Université Simon Fraser, ainsi qu'à l'Université de Lethbridge. Trudy Govier a notamment publié six ouvrages, dont un texte largement utilisé en matière d'argumentation et intitulé « A Practical Study of Argument » *(Wadsworth, 4e édition, 1997), un essai intitulé* « Social Trust and Human Communities » *(McGill-Queen's University Press, 1997) et, dernièrement, un livre sous le titre* « Dilemmas of Trust » *(McGill-Queen's University Press, 1998). Elle se consacre présentement à l'étude des mécanismes de négociation des accords de paix et de résolution des conflits.*

personne dans une telle situation de vulnérabilité pour autant que l'on est persuadé que le dentiste est compétent et justement motivé.

Pour *confier* à un dentiste le soin de vérifier, de fraiser, de modifier ou d'extraire nos dents, il faut croire qu'il en connaît assez sur ces actions et qu'il sait comment les accomplir : il s'agit là de compétence. Si l'on ne fait pas confiance à la compétence de son dentiste, on ne se remet pas entre ses mains. La seconde dimension, celle de la motivation, est tout aussi fondamentale : il faut penser que notre dentiste a de bonnes intentions envers nous et la motivation pour nous aider. C'est-à-dire qu'on ne pense pas qu'il va procéder à des interventions inutiles à nos dépens. Si une telle confiance n'existe pas, on ne va pas chez le dentiste. La confiance suppose donc que l'on ressent de la certitude, de la sécurité, une relative détente et une absence de peur et que l'on croit à la compétence et à la motivation de la personne à qui l'on fait confiance, en fonction du contexte de cet acte de confiance.

Examinons à présent le contexte de la négociation pour analyser la signification de la confiance dans ce contexte. J'approfondirai plus tard les négociations entre des parties qui représentent des Canadiens autochtones ou non, en matière notamment de droits autochtones et de revendications foncières. Je parle pour l'instant de la négociation en général et j'appellerai donc les parties par A et B. Supposons que A et B soient des groupes que représentent une ou plusieurs personnes dans une négociation. Afin de ne pas nous embarquer dans des explications techniques, ces lettres « A » et « B » vont me servir pour qualifier les parties à la négociation; je ne m'étendrai pas sur la distinction entre les personnes qui représentent le groupe et le groupe lui-même.

Supposons donc que A et B soient en négociation; réfléchissons à l'« éthique de la négociation », sans perdre de vue que la confiance et la méfiance seront des éléments importants des relations entre A et B, de même que dans toutes les relations humaines. S'il n'existait pas *un certain degré de confiance*, A et B éprouveraient l'un envers l'autre trop de crainte pour pouvoir

négocier. Si B éprouvait une méfiance absolue envers A, il considérerait que demander à se réunir est une ruse ou même le prélude à un meurtre ou à un enlèvement. Pourtant du fait des situations conflictuelles qui sous-tendent de nombreuses négociations, il existe *une certaine méfiance* entre les parties. La négociation serait superflue s'il n'y avait pas de problème, ou même de conflit, entre A et B. Dans différents contextes, à différents égards et à différents degrés, confiance et méfiance vont probablement caractériser des aspects de la relation entre A et B. La confiance va permettre la flexibilité, la crédibilité, le crédit alors que la méfiance tirera dans le sens inverse.

La norme souvent citée selon laquelle les parties à une négociation doivent « négocier de bonne foi » devient importante ici. Autrement dit, il faut que les parties se présentent comme étant réellement et uniquement orientées vers la réussite d'une entente quelconque – que ce soit un contrat ou un traité. Si A arrive pour négocier avec B, affichant donc la fonction de négociation, mais en réalité sans volonté ni même intention de conclure une entente, A ne négocie pas de bonne foi. A peut avoir de nombreuses raisons pour sembler adopter une fonction de négociation sans réellement vouloir s'entendre. Par exemple, A peut vouloir écraser un syndicat, mais avoir l'obligation légale de négocier avec ce syndicat; il ou elle va donc paraître à la table des négociations, avec la fonction de négociation, comme s'il ou elle souhaite une entente – alors que son intérêt est de ne pas s'entendre. A peut vouloir paraître négocier à des fins de relations publiques, de sorte qu'il semble intéressé par un règlement raisonnable aux yeux du public ou de tiers. A peut avoir besoin de cette apparence de négociation pour amener B à surseoir à une action en justice. A peut vouloir que B soit à la table de négociation, pendant une campagne électorale délicate. A peut même vouloir déclarer la guerre à B et se cherche donc une bonne raison ou une excuse à cette fin. A pourra ainsi alléguer l'échec des négociations comme prélude à « une guerre juste » – A pourra fixer des conditions que B ne pourra absolument pas accepter et ensuite, se servir de l'entêtement de B pour le bombarder et déclarer « il n'y avait plus rien d'autre à faire. Nous avons essayé de négocier et tout a échoué ». Dans tous ces

exemples, il y a rupture entre apparence et réalité et *absence de bonne foi dans le processus de négociation*. A semble rechercher une entente, mais en réalité recherche la fonction de négociation en tant que moyen vers une autre fin.

Négocier de bonne foi est essentiel à l'éthique de la négociation en ce sens : affirmer que les parties négocient de bonne foi, c'est affirmer que lorsqu'elles revêtent la fonction de négociation, elles n'adoptent pas seulement une fonction, mais s'efforcent véritablement d'obtenir un règlement. Autrement dit, chaque partie est présente et s'efforce de participer à la négociation en vue d'obtenir un arrangement avec l'autre partie. Supposer que celle-ci négocie *de bonne foi*, c'est *croire* que l'apparence correspond à la réalité. Il ne s'agit pas seulement de jouer un rôle; au contraire, ceux ou celles qui se présentent pour négocier un accord s'y efforcent véritablement et en ont l'intention. Pour négocier ensemble et composer avec profit, chaque partie doit supposer que l'autre négocie de bonne foi. Une telle supposition est essentielle et c'est fondamentalement la supposition que les gens font réellement ce qu'ils semblent faire, que l'apparence est la réalité.

L'honnêteté et le respect envers l'autre partie sont d'une importance primordiale dans le processus de la négociation – particulièrement dans les modèles coopératifs de négociation tels que le Projet de négociation de Harvard. Les parties à la négociation vont devoir communiquer et partager des informations pour définir, comprendre et analyser les problèmes. À ce point, des questions d'honnêteté, de crédibilité, de confiance se posent inévitablement. Si les parties ne s'estiment pas crédibles ni dignes de confiance, elles ne vont pas croire ce qui est revendiqué et ne pourront pas recevoir des informations l'une de l'autre. Que A dise à B « nous disposons d'environ un million pour résoudre votre problème » ne va constituer *une information partagée* que si A dit la vérité et si B le croit. Pour qu'une communication compte quand les parties partagent des informations, il va y falloir de la confiance. Si B soupçonne que A est en train de l'abuser par des demi-vérités ou même des mensonges patents, B ne va pas croire A et ne croyant pas ce que

demande A, va probablement juger ses demandes confuses et embrouillées. La communication va donc s'en trouver rompue.

Le **respect** est de nature complexe et peut se révéler difficile à exprimer dans des contextes où les rapports entre A et B ont été conflictuels et marqués par des inégalités. Le processus de négociation lui-même possède des normes latentes d'égalité et de réciprocité qui se fondent sur un respect sous-jacent. Le fait même que A et B négocient démontre qu'il y a pour chacun quelque chose en jeu, que chacun est confronté à un ou à des problèmes et que de ce fait, A et B se trouvent dans une relation où chacun, d'une façon quelconque, est vulnérable à l'autre. Chacun dispose d'un certain pouvoir, qui peut être inégal et de nature différente. A peut par exemple avoir un pouvoir juridique et économique et B, la supériorité morale dans une intervention en public. Dans une négociation éthique, chaque partie traite l'autre en égal avec qui les différends vont se résoudre et un arrangement va en définitive se conclure, arrangement auquel chaque partie va s'engager. L'autre partie est à envisager en égal dont les intérêts, les croyances et les sentiments méritent respect, attention et considération. Chaque partie possède une valeur et une dignité intrinsèque – et ne doit pas être manipulée, exploitée ni réifiée par l'autre. Une norme sous-jacente de respect moral et d'égalité caractérise la négociation.

L'éthique de celle-ci possède par ailleurs les dimensions de **représentativité** et de **capacité d'engagement**. Il faut distinguer ici les négociateurs individuels, qui négocient eux-mêmes et ceux qui négocient pour des groupes. Lorsque des groupes et des institutions sont représentés par des personnes qui négocient en leur nom, celles-ci doivent posséder la capacité représentative de parler au nom des premiers et de les engager dans un arrangement (peut-être après avoir vérifié auprès d'eux au préalable). Les négociateurs au nom d'une partie supposent que les négociateurs au nom de l'autre partie ont l'autorité nécessaire pour s'exprimer en son nom et s'engager à des décisions et à des orientations en son nom. Il est ici aussi question de confiance : chaque partie doit avoir confiance que l'autre a les capacités institutionnelles et l'intégrité pour

sélectionner et autoriser des représentants compétents et intègres à négocier et à transiger. La confiance à la table des négociations va dépendre non seulement de l'interaction entre négociateurs mais aussi de façon plus large des rapports entre pouvoirs publics et groupes et des relations quotidiennes de travail entre les parties.

Enfin, la capacité de garantir la mise en œuvre d'une entente éventuelle est aussi une dimension importante. Prenons l'exemple suivant. Le responsable d'un département négocie avec une universitaire indépendante la possibilité qu'elle devienne professeur adjointe dans son département. Il lui fait valoir que grâce à un tel poste, qui ne serait pas rémunéré, sa candidature à des bourses de recherche serait admissible, ce qui devrait l'inciter à accepter son offre. Alors qu'elle se renseigne davantage sur ces bourses, le doyen adjoint lui indique que les professeurs adjoints n'y sont pas admissibles. Elle demande donc des éclaircissements au responsable du département. À présent occupé à étudier les demandes de poste salarié, il néglige de lui répondre. Se sentant blessée et insultée, elle remet en question tout le processus de leur négociation, car elle craint qu'il ne pourra plus tenir ses promesses. Elle estime qu'il est sincère, mais de façon superficielle – elle ne se méfie pas de lui au point de croire qu'il a menti délibérément et elle croit qu'il voulait vraiment qu'ils se mettent tous deux d'accord. Le fait qu'il ait négligé d'apporter des éclaircissements ou même de lui répondre révèle une absence de sérieux dans les affaires pratiques, une indifférence envers ses intérêts et ses besoins à elle et un certain manque de politesse. Étant donné cette absence de suivi pratique, elle va mettre en doute la profondeur de l'engagement de son interlocuteur. S'ils doivent renégocier, elle aura probablement peu confiance en lui ou dans leur négociation elle-même.

En résumé, une *négociation conduite selon l'éthique* possède les aspects suivants, qui exigent tous une *confiance dérivant du contexte* entre les deux parties.

(a) Les parties négocient de bonne foi, chacune supposant que l'autre fait de même.
(b) Les parties partagent les renseignements pertinents en toute honnêteté, chacune supposant que l'autre est fondamentalement honnête à son égard.
(c) Les parties ont des rapports de respect et de réciprocité et ne cherchent pas à s'exploiter ni à se manipuler.
(d) Les parties sont convenablement représentées à la table des négociations; autrement dit, les représentants d'un groupe plus vaste sont dûment autorisés à le faire.
(e) Les parties s'engagent sérieusement à mettre en œuvre les ententes qu'elles auront conclues.

Des sentiments de méfiance peuvent exister et la confiance peut sembler instable, mais la méfiance ne doit jamais être considérée comme étant inévitable ou définitive. Il y a des raisons d'être optimiste quant à la confiance en la négociation : ce qui caractérise toutes les négociations, c'est qu'il y a assez de confiance pour que les parties arrivent à la table des négociations; une confiance réaliste et bien ancrée peut se bâtir à partir d'une succession de petits succès.

Critiques envisagées

Permettez-moi d'anticiper ici deux critiques. Elles soulèvent toutes deux la question de l'idéalisme et du réalisme ou si vous préférez, des disparités entre analyse selon l'éthique et analyse selon le pouvoir.

La première critique est que les gens négocient même s'il manque quelques-unes de ces conditions éthiques, qui suscitent la confiance. Peut-être que ceux qui ont vraiment participé à des négociations vont lire cette description de l'éthique de la négociation et conclure que leur travail n'avait rien de comparable. Lorsque la différence est si forte entre théorie et pratique, elle peut s'attribuer à une déficience soit de la théorie, soit de la pratique. C'est en définitive à l'homme de terrain de se prononcer sur l'utilité du modèle éthique exposé ici. En l'absence d'arguments probants à l'effet du contraire, j'affirme donc ceci : le fait que des gens aient négocié avec des êtres trompeurs ou

manipulateurs ou ayant négligé de faire ce à quoi ils s'étaient engagés ou n'ayant à l'évidence aucune intention d'arriver à une entente ne prouve pas que notre éthique de la négociation soit défectueuse. Cela indique plutôt un processus défectueux. Il y a lieu de tenter de l'améliorer à ces égards ou si cela n'est pas possible, de décider en toute lucidité si une telle négociation vaut mieux que pas de négociation du tout.

La seconde critique porte sur le fait que le modèle de négociation posé ici est celui du Projet de négociation de Harvard. Ces théoriciens, grâce à leurs programmes de formation complets et à leurs publications si souvent consultées (*Comment réussir une négociation* de Roger Fisher et William Ury, *D'une bonne relation à une négociation réussie* de Roger Fisher et Scott Brown), ont eu une influence énorme sur l'étude et la pratique du règlement des différends et de la négociation; mais ce serait un euphémisme que d'affirmer que de nombreuses négociations ne se conduisent pas de la façon dont ces auteurs le recommandent. Quelqu'un qui ne serait pas formé à un tel modèle coopératif de négociation contesterait probablement notre affirmation et alléguerait que la négociation n'a rien à voir avec la coopération. Il ou elle pourrait ajouter que dans la négociation, il s'agit de concurrence, de pouvoir, d'obtenir tout ce que l'on peut et tout ce qu'il y a de mieux pour soi-même ou pour la partie que l'on représente. S'il existe une éthique de la négociation « plus réaliste » ou orientée vers le pouvoir, celle-ci ne serait-elle pas semblable à celle que nous venons d'exposer ? Les négociations dans la réalité sont fort compétitives et fondamentalement contradictoires – c'est un mythe idéaliste édulcoré de penser que les parties qui négocient puissent coopérer ou être des partenaires plutôt que des opposants.

Selon Roger Fisher et les nombreux adeptes des modèles coopérateurs, les parties à une négociation seraient des collaborateurs travaillant ensemble à résoudre des problèmes communs. Par la promesse alléchante de solutions bénéfiques à tous, de tels modèles ont fait beaucoup d'adeptes dans le monde entier. Et si leurs postulats étaient trop idéalistes pour faire face à la réalité du pouvoir et de l'avidité ? Et si la négociation était

contradictoire de façon inhérente et irrémédiable ? Et alors ? Toute « éthique » de la négociation selon le pouvoir se définirait comment se battre le plus efficacement possible pour ses intérêts propres tout en conservant une politesse superficielle et parfois même sans trahir les apparences. Dans ces conditions, une telle éthique ferait l'apologie de la duperie, de la tromperie, de la manipulation, de l'exploitation, du mensonge grossier et au bout du compte de la trahison. Dans une négociation selon le pouvoir, les parties ne sont plus des partenaires qui coopèrent, mais des adversaires en concurrence. Les ententes ne se font plus au bénéfice de tous, mais au bénéfice de l'un et au détriment de l'autre. Chaque partie se bat alors pour elle-même, pour gagner et à cette fin, faire perdre l'autre.

On peut soutenir, et on le soutiendra, que le modèle coopératif bénéfique à tous n'est pas réaliste et que toute analyse éthique postulant ce modèle ne peut s'appliquer à des négociations réelles. Que peut-on répondre à cette critique fondamentale ? a) Même dans une négociation construite et menée dans la coopération, il va inévitablement exister des éléments de désaccord, d'opposition et d'intention de poursuivre ses propres intérêts. b) Je reconnais que ces aspects contradictoires de la relation de négociation ont tendance à miner la confiance dans la mesure où ils vont probablement encourager ou inciter les parties à se dissimuler des renseignements utiles, à se tromper, à s'exploiter, à se menacer l'une l'autre. *La confiance va donc être instable* en contexte de négociation. c) Il n'y a pas lieu de supposer qu'il est probable, ni même possible, que chaque négociation débouche sur une situation bénéfique à chaque partie. Je soutiens en revanche une modification de procédure en faveur d'un mode coopératif et éthique de négociation. *Il est davantage probable que des négociations menées selon l'éthique établissent et maintiennent de vrais rapports de confiance, qui seront nécessaires à la mise en œuvre concrète de tout accord, à l'efficacité de négociations à venir et à la coopération et à la réconciliation ailleurs qu'à la table des négociations elle-même.*

Rapports entre Autochtones et non-Autochtones

J'aborde à présent notre propos ici, c'est-à-dire les négociations, les traités, les rapports entre les Canadiens qui sont Autochtones et ceux qui ne le sont pas.

Tous les êtres humains ont fondamentalement besoin de **respect**. Les droits de la personne, tels que les établissent notamment la *Déclaration des Nations Unies* de 1948 et la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982, se fondent sur la dignité et la valeur de l'être humain. Même si l'argument est plus implicite qu'explicite, ces textes articulent des droits fondamentaux pour les êtres humains, fondés sur le postulat que ceux-ci ont quelque chose de spécial et que ce quelque chose fonde ces droits. À la base, se trouve la revendication que *tous* les êtres humains possèdent *cette valeur et cette dignité*, indépendamment de la culture, de la croyance, de l'origine raciale ou nationale, du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'âge ou de la situation socio-économique. Elle s'ancre en ce que nous sommes – des êtres capables de sentir, de penser, de juger, de choisir et d'exprimer nos valeurs individuelles et culturelles selon la façon dont nous choisissons de donner un sens à notre vie. En contexte de négociation de même que dans toute autre interaction, nous nous devons ce respect fondamental.

La rhétorique des droits de la personne, en logique et en philosophie, nous engage à nous respecter en tant qu'êtres humains, fondamentalement, spirituellement et moralement égaux. Je crois que l'engagement contemporain envers les droits de la personne nous engage envers ce que les philosophes qualifient *d'éthique du respect envers les personnes*. Respecter quelqu'un, c'est estimer qu'elle ou lui possède intrinsèquement valeur et dignité, et mérite donc d'être traitée ou traité en conséquence. En sa qualité d'être digne de respect, une personne mérite reconnaissance, attention, réparation; elle ne doit pas être insultée, humiliée ni réduite à un stéréotype. En sa qualité d'être humain, en tant que personne qui réfléchit et choisit des vecteurs moraux, chacun – qu'il soit noir, blanc ou jaune, homme ou

femme, vieux ou jeune, Autochtone ou non – a droit à ce respect fondamental.

Le respect ne s'arrête pas là : il possède deux dimensions supplémentaires, fort pertinentes dans le contexte des rapports Autochtones–non-Autochtones. En tant qu'être humain, nous sommes davantage que des agents abstraits. Nous appartenons à des groupes culturels et en même temps, nous sommes des individus avec notre propre histoire et nos propres valeurs. De par notre appartenance à des groupes culturels, nous nous efforçons que ceux-ci soient reconnus et respectés pour leurs caractéristiques, leurs réalisations et la place qu'ils occupent dans le monde. Nous ne sommes pas seulement des membres de ces groupes culturels, nous sommes des individus et avons notre propre identité. Au XIX^{e} siècle, les Blancs étaient en majorité partisans de l'esclavage et pourtant, ce sont des abolitionnistes, appartenant aux mêmes cultures, qui l'ont combattu et presque anéanti.

Le respect peut donc s'envisager à partir de trois perspectives : d'abord, envers la personne *agent moral*, ayant la dignité et étant capable de choisir; ensuite, envers la personne appartenant à une *culture*; enfin, envers la personne *individu*, avec son vécu et ses actions, à ne pas réduire à des clichés. Manquer de respect à une personne dans l'une de ses trois perspectives va fondamentalement endommager les rapports avec celle-ci.

Affirmer que nous voulons être respectés, que nous en avons besoin et que nous nous sentirons profondément insultés si l'on nous manque de respect peut sembler une simple question de bon sens. Du point de vue de l'éthique, c'est une question de bon sens. Nous pouvons pourtant marquer l'irrévérence de nombreuses façons – certaines subtiles, d'autres non. Nous pouvons ne pas consulter, ne pas reconnaître ou supposer que nous sommes au fait des besoins de l'autre. Nous pouvons dénigrer une culture, en la conceptualisant comme une forme inférieure qui doit aller ailleurs ou bien s'assimiler à un ensemble plus vaste. Nous pouvons aussi stéréotyper les personnes, négligeant ainsi de prendre en considération leurs propres

capacités et leur vécu et en les identifiant selon ce que nous savons d'un groupe dans son ensemble. En matière de théorie et de principes, l'exigence de respect qu'expriment les doctrines des droits de la personne et sa fonction fondamentale dans une société civile et dans un État respectueux de ces droits semblent évidentes et même vaines. La triste vérité est que les mots, les actions et les politiques qui expriment sincèrement un tel respect sont loin d'être vaines. Il est difficile de respecter l'autre et d'exprimer ce respect avec efficacité, surtout pour ceux que séparent la culture, l'histoire et l'économie.

Fort proche du respect se situe **la reconnaissance**. Le rapport de 1996 sur les peuples autochtones appelle à maintes reprises la société canadienne dominante à reconnaître les contributions matérielles et culturelles des Canadiens autochtones ainsi que les difficultés matérielles et psychiques que beaucoup ont éprouvées, du fait du colonialisme, des efforts d'assimilation, de la perte de leurs terres et de la dislocation de leur culture. Les commissaires ont exprimé cette demande de reconnaissance parce qu'il a dû leur sembler que celle-ci n'existe pas en général dans la société canadienne non autochtone. La reconnaissance est fondamentale pour les négociations, car elle établit un point de départ honnête vers un début de réconciliation. Les traités sont nécessaires à cause des inégalités culturelles et matérielles. Si les négociateurs – et de façon plus générale les gouvernements et les peuples qu'en définitive ils représentent – négligent de reconnaître les valeurs, les méthodes et les orientations qui ont engendré ces inégalités, leur négociation n'aura qu'un fondement des plus ténus et aucun motif raisonnable d'espérer que des traités négociés améliorent le bien-être et établiront de meilleurs rapports. Il est primordial pour les négociations de reconnaître ce qui a été, ce qui fait problème, ce qui a structuré ce passé, qui a souffert et a été blessé et de quelle manière.

On peut vouloir faire table rase du passé avant d'entamer la négociation et travailler pour l'avenir. Pourtant, c'est en définitive manquer de respect et faire fi des effets graves et durables des anciennes souffrances, si ceux qui ont bénéficié des injustices passées exigent de ceux qui en ont souffert qu'ils les ignorent. La

partialité de ce point de vue révèle ce manque de respect : les négociateurs autochtones sont censés se détacher du passé, alors que les négociateurs non autochtones, parlant au nom des gouvernements blancs (pour la plupart), insistent que leur pouvoir sur les terres est souverain, imposant ainsi cet aspect absolument central et à ne pas remettre en cause de l'héritage qui selon eux leur revient. De toutes façons, l'idée de faire table rase du passé, de le mettre de côté dans la négociation est une fiction impossible. Le passé est l'élément central qui modèle et structure la culture, le groupe, la personne – tout le monde tel qu'il est actuellement. Le passé se prolonge dans le présent et c'est dans le présent que les négociateurs doivent se situer pour rechercher un avenir meilleur. La reconnaissance du passé et des torts du passé tels que l'usage et le contrôle des terres, les traités manipulateurs, les promesses non tenues, l'arrogance culturelle, les violences physiques et sexuelles dans les internats est une dimension fondamentale du respect pour les cultures, les groupes et les personnes autochtones. Il est impossible en même temps d'ignorer le passé et de communiquer avec les peuples autochtones d'aujourd'hui. Ce sont cette histoire, cette arrogance, ces postulats, ces préjudices, ces spoliations, cette aliénation, cette souffrance qui ont engendré le contexte des négociations.

C'est en définitive les torts du passé que les négociations actuelles s'efforcent de redresser. Dans la mesure où l'on ne reconnaît pas *le caractère préjudiciable* notamment du racisme, de l'arrogance coloniale, des méthodes manipulatrices lors des négociations des traités historiques, de l'exploitation et de l'assimilation culturelle grossière, le contexte des négociations va être faussé. Ne pas reconnaître la vérité historique et morale des relations entre les peuples autochtones et non autochtones dans notre pays va créer un fossé qui ne pourra être comblé.

Pourquoi la reconnaissance est-elle importante en ce sens ? Le concept africain d'*ubuntu,* selon lequel une personne n'existe que par ses rapports avec les autres, est pertinent ici. Quelqu'un qui n'est pas respecté ni reconnu pour ce qu'il est peut bien sûr se convaincre qu'il est ceci, cela, que c'est ce qu'il est – qu'il est cela quoique disent les autres. Il en va de même pour un groupe :

entre eux, les gens peuvent se dire que ce groupe *a véritablement* des traditions et des façons d'agir qui ont de la valeur, ***qu'il a véritablement*** un passé de souffrance et de lutte – indépendamment de la façon dont les autres l'envisagent. Des gens au caractère trempé, qui savent garder leur dignité quelle que soit la façon dont la majorité les dénigre ou les ignore, sont capables d'un isolement aussi stoïque. Celui-ci sera en fait énormément difficile pour la plupart des gens et des groupes, car les êtres humains acquièrent leurs connaissances, façonnent leur caractère et existent par leurs rapports avec les autres. C'est ensemble que nous construisons notre réalité sociale, comme on le dit si souvent de nos jours. La plupart d'entre nous, la plupart du temps, ne peuvent s'empêcher d'agir et de réagir en fonction des attentes des autres par rapport à nous-mêmes. Une femme peut croire qu'elle est une bonne mère, consciencieuse, mais si ses enfants, son mari, ses parents, sa communauté n'ont pas une telle opinion d'elle – si l'on ne prête pas attention à ce qu'elle fait, si l'on ne le reconnaît pas, si l'on indique par des mots ou des actions que ce qu'elle fait n'a aucune valeur, aucune valeur monétaire immédiate par exemple – il lui sera d'autant plus difficile de conserver l'opinion qu'elle a d'elle-même et le sentiment de sa dignité personnelle qui l'accompagne. De même, il sera difficile pour les membres d'une culture aborigène de lui accorder de la valeur, si cette culture est moquée ou dénigrée par des personnes qui lui sont extérieures. Cette énorme importance du respect et de la reconnaissance est attribuable au fait que les rôles que nous adoptons, les situations que nous occupons, ce que nous sommes capables de faire, jusqu'à nos pensées et nos sentiments les plus secrets sont fondamentalement liés aux autres – à des interactions, à des attentes, à des actions et à des réactions. Notre interdépendance touche même la façon dont nous comprenons et nous évaluons notre moi propre. L'isolement stoïque est rare et difficile, à supposer qu'il soit possible. C'est une des raisons fondamentales pour lesquelles la reconnaissance est importante.

Qui plus est, les personnes qui ne sont ni respectées ni reconnues par les autres ne peuvent interagir avec eux complètement et honnêtement. Nier les aspects fondamentaux de notre histoire et

de notre identité, prétendre que des événements déplaisants ou honteux ne sont jamais arrivés va ériger un mur et sous-entendre un manque d'engagement total, puis gêner la confiance et la relation de sécurité nécessaires à la négociation. Une partie peut ne pas reconnaître l'autre parce qu'elle n'admet pas l'importance de son histoire, de sa culture, de ses réalisations ou de sa situation. De façon plus radicale encore, l'absence de reconnaissance s'exprime quand on oublie négligemment l'existence de l'autre partie. On agit simplement comme si l'autre n'existait pas. Cette absence la plus grossière de reconnaissance, cette négation de l'existence des autres s'est manifestée quand pour justifier des vols à basse altitude au-dessus du Labrador, l'OTAN l'a qualifié de « région inhabitée, vide » – même si 26 000 Innus y habitent. Une absence de reconnaissance si radicale et si odieuse est fréquente dans les rapports entre les Aborigènes et les Blancs – elle est implicite dans certaines formes de multiculturalisme et dans quelques expressions erronées et pernicieuses telles que « découverte de l'Amérique », « terres vierges », « conquête » et l'idée que le Canada possède deux peuples fondateurs, les Français et les Anglais.

Quand deux parties entament une négociation, chacune a reconnu au moins de façon superficielle l'existence de l'autre et celle des questions qui les réunit. Toute négociation honnête et productive entre deux parties doit supposer que chacune reconnaît l'autre, en tant que partie possédant son intégrité propre et méritant le respect. Mais la reconnaissance dans un sens plus profond est plus difficile à obtenir, dans la mesure où les négociateurs sont des êtres humains qu'affectent profondément les usages et les attentes de leur culture. Ainsi que l'a déclaré un négociateur autochtone, il semble trop souvent que le colonialisme est encore présent à la table des négociations – et que le respect en est absent. Les négociateurs non autochtones ne devraient pas dire à des gens qui ont été traités injustement qu'ils doivent à présent faire leur deuil du passé et aller de l'avant. Car il leur faut peut-être regarder le passé pour aller de l'avant – même s'il ne s'agit pas de nier que la culture évolue et change.

L'histoire des relations entre les Canadiens autochtones et non autochtones contient des histoires d'amour, d'espoir et de coopération. Mais elles ne sont pas la majorité. Affirmer que cette histoire est loin d'avoir été positive pour les Canadiens autochtones, dont la plupart ont perdu terres, moyens d'existence, indépendance, langue, culture et identité du fait des colonies de peuplement et des manipulations des Blancs serait un énorme euphémisme. Les négociations de traités actuelles et à venir se déroulent dans ce contexte de perte, dans une société où les Canadiens non autochtones ont eu tendance à ignorer les problèmes des Autochtones et jusqu'à l'existence même de ceux-ci. Bien peu ont vraiment regardé ce genre d'information qu'a présenté le rapport de 1996 sur les peuples autochtones. La scène politique a été accaparée par l'économie, l'environnement, et les rivalités entre provinces, au détriment des droits issus de traités, des dédommagements pour les sévices infligés dans les internats, de la conservation de la culture et de l'autonomie gouvernementale.

Pour les Canadiens non autochtones, cette absence de cadrage a des avantages à court et à moyen termes. Elle nous permet surtout de persister dans notre refus de quelques vérités fondamentales sur notre propre histoire et sur notre complicité. Dans de telles conditions, l'articulation et la reconnaissance nécessaires pour reconnaître sont fort difficiles à obtenir. De nombreux facteurs nous incitent à rejeter l'autre, parfois à parler et à agir comme si ces gens différents, « étrangers », n'existaient pas du tout ainsi qu'à ignorer les preuves que nous avons bénéficié des graves torts dont ils ont été victimes et dont nous sommes complices. Quelques-uns parmi nous diront qu'ils ignoraient la pauvreté et le désespoir qui ont été le lot de nombreux Canadiens autochtones. Pourquoi ne sommes-nous pas au courant ? Leurs histoires paraissent parfois dans la presse et certains d'entre eux vivent parmi nous. À mon avis, nous avons des preuves, mais nous les avons ignorées. Il faut souligner ici que pour ignorer quelque chose, il faut d'abord le *remarquer,* puis décider de l'ignorer. Ignorer suppose que l'on a remarqué et l'ignorance est fondée sur la décision et le choix. L'ignorance entraîne le fait d'ignorer, de ne pas savoir; puis si l'on ne sait pas,

on a une bonne excuse pour demeurer insensible et ne pas agir. Si nous ne faisons pas attention, nous ne saurons pas – comme quand une ménagère ignore une toile d'araignée dans un coin difficile d'accès et ne sait donc pas qu'elle est en train de grandir, de devenir graisseuse et poisseuse. Le fait de ne pas savoir soutient le refus et la non-reconnaissance qui sont fondés sur l'ignorance délibérée. Ça n'a parfois aucune importance, comme dans le cas de la toile d'araignée. Mais quand le bien-être de quelqu'un, le respect qu'il a de lui-même, son identité et sa vie même sont en jeu, c'est une toute autre affaire. Cela a alors de l'importance; il faut le reconnaître, ne pas l'ignorer.

Reconnaître des torts est particulièrement difficile – à cela, plusieurs raisons. Selon la conception que nous avons de nous-même, nous sommes fondamentalement bons; nous avons une conception positive de notre origine et de notre destinée; nous tenons à préserver de telles images de toute flétrissure, de toute souillure. Nombreux sont les Canadiens, de récente date ou bien d'ancienne souche, à s'identifier à une version positive de notre histoire. Nous adhérons à une histoire du commerce des fourrures, des explorateurs, des luttes et des privations des pionniers, de la colonisation, de la croissance, du développement, de la modération, du compromis, de la tolérance envers les immigrants et les réfugiés. Nous sommes beaucoup moins disposés à accepter une histoire de manipulation, d'exploitation, de tromperie, de racisme, de cruauté de la part de ceux qui représentent les ancêtres de nos dirigeants d'aujourd'hui. Ce n'est pas ainsi que nous nous comprenons – et nous n'acceptons pas facilement des preuves que c'est ainsi que se sont surtout caractérisées les relations entre Autochtones et Blancs non autochtones. L'éloignement historique et la réticence à accepter cette situation historique plus complexe incitent fortement à se désintéresser d'un passé négatif. La tentation pour les Canadiens non autochtones est d'accepter ce qui est source de fierté, mais de résister et de refuser ce qui est source de honte. S'il s'avère que le Canada est une nation non seulement de modérés, gardiens de la paix, mais aussi de colonialistes racistes, de manipulateurs et de voleurs, nous allons nous efforcer de nous déconnecter et de refuser ces éléments de notre passé national. Nous allons

souligner que nous n'étions même pas de ce monde quand tout cela a eu lieu et donc que nous n'avons rien à y voir. Nous n'avons rien fait, cela n'a pu être notre faute, ce n'est pas à nous de payer à présent.

Un prix à payer… il pourrait y avoir un prix à payer – cela nous amène à approfondir un facteur important qui va gravement à l'encontre de toute reconnaissance. Le prix. Autre raison de ne pas vouloir reconnaître les torts – nous pourrions avoir à le payer. Notre société populeuse et complexe s'est construite sur des terres enlevées à d'autres. Nous ne pouvons réparer les torts du passé et nous ne pouvons refaire notre monde, qui s'est bâti sur ces torts. Comment pouvons-nous dédommager, ou même commencer à dédommager, les pertes et les souffrances qui fondent notre propre société ? De l'argent ferait-il l'affaire – même en quantité inépuisable ? La peur et le désespoir peuvent renforcer le refus et nous inciter à persévérer dans nos attitudes de refus et de dérobade.

Il faut résister à de telles tentations. C'est ainsi que je conclus : je demande instamment aux Canadiens non autochtones de résister à ces tentations de façon à respecter et à reconnaître les sociétés aborigènes dont notre pays tire sa fondation même. Nous aurons alors et seulement alors un espoir raisonnable de soutenir des négociations de mode coopératif et des rapports de coopération et de confiance.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Asch, M., dir., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada,* Vancouver (C.-B.), UBC Press, 1997.

Fisher, R. et W. Ury, *Comment réussir une négociation,* Paris : Seuil, 1994.

Fisher, R. et S. Brown, *D'une bonne relation à une négociation réussie,* Paris : Seuil, 1991.

Govier, T., *Social Trust and Human Communities,* Montréal (Qué.) et Kingston (Ont.), McGill-Queen's University Press, 1997.

Govier, T., *Dilemmas of Trust,* Montréal (Qué.) et Kingston (Ont.), McGill-Queen's University Press, 1998.

Govier, T., « What is Acknowledgement and Why is it Important ? », Humanities Lecture, Université Brock, 13 mai 1999 et Conférence « Dilemmas of Reconciliation », Institute for the Humanities, Université de Calgary, 5 juin 1999.

Margalit, A., *The Decent Society,* Cambridge, Harvard University Press, 1996.

Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones,* Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1996.

York, G., *The Dispossessed : Life and Death in Native Canada,* Toronto (Ont.), McArthur and Company, 1999. (première publication chez Lester & Orpen Dennis, Toronto (Ont.), 1989).

York, G. et L. Pindera, *People of the Pines: The Warriors and the Legacy of Oka,* Toronto (Ont.), Little Brown, 1991.

Visions de certitude : question d'hypothèses

Mark L. Stevenson

[Traduction] « Jadis, on a eu recours à l'extinction générale des droits, titres et privilèges des Premières Nations pour rendre possible la certitude. Le groupe de travail rejette cette démarche… On peut obtenir cette certitude sans pratiquer l'extinction. Les parties doivent s'efforcer de la rendre possible en négociant des traités qui énoncent en détail les droits, les devoirs et la sphère de compétence de chaque partie signataire. Les négociations modifieront inévitablement les droits et les compétences. Les droits ancestraux qui ne sont pas précisément prévus dans un traité ne devraient pas être considérés comme éteints ou altérés[1]. »

Mark Stevenson, BA, MA, LLB, œuvre depuis plus de 15 ans dans le domaine des revendications territoriales autochtones et des questions constitutionnelles s'y rapportant. En 1982, après ses études en droit à l'Université McGill, il débute sa carrière au Bureau du Conseil privé, au gouvernement fédéral, à titre de conseiller en matière d'affaires autochtones et constitutionnelles. Après cette affectation, il travaille auprès du ministère du Procureur général, à Toronto, à titre de conseiller juridique sur les questions autochtones et notamment dans le cadre des négociations des accords portant sur les terres et les ressources.

En 1991, M. Stevenson quitte l'Ontario pour retourner dans sa province natale, en Colombie-Britannique. Il fut l'un des principaux négociateurs pour la province de la Colombie-Britannique jusqu'en juin 1998, et fut notamment chargé du dossier de la négociation des revendications territoriales dans le Nord-Ouest de la Colombie-Britannique.

Maître Mark Stevenson est un Métis, l'un des membres fondateurs de la Indigenous Bar Association, *et est aussi membre du conseil d'administration de la* First People's Cultural Foundation.

Introduction

De nombreux rapports de groupes de travail, des rapports spéciaux, des rapports de commissions, notamment les rapports de la Commission royale sur les Peuples autochtones, ont abordé la question de la certitude au cours des dernières décennies[2]. Bien que non exhaustif, le travail accompli est monumental et c'est presque une évidence que de dire qu'un autre essai sur le sujet ne révélerait vraisemblablement rien de nouveau. Pour ma part, même si je n'ai pas voulu tout simplement reconfirmer les conclusions des études passées, les conclusions auxquelles je suis parvenu ne sont pas différentes.

L'extinction comme moyen de rendre possible la certitude pose problème et ne fonctionnera pas pour les traités négociés en Colombie-Britannique au XXI[e] siècle. Cette démarche est problématique, car elle ne répond pas à quelques-unes des préoccupations et des croyances les plus profondes des peuples autochtones, dont les droits sont les plus atteints. Et, si certains des éléments les plus fondamentaux du traité ne reflètent pas véritablement un accord mutuel, le traité ne fonctionnera pas. La certitude ne sera qu'une illusion passagère. Je ne l'affirme pas à la légère, sans avoir réfléchi suffisamment, ou même après une lecture superficielle des rapports susmentionnés. Cette conclusion, j'y suis parvenu après des années d'expérience pratique dans trois administrations différentes, à titre d'avocat et de négociateur en matière de terres autochtones.

Qu'est-ce que la certitude ?

Dans le domaine de la négociation des traités, le terme certitude est généralement utilisé pour décrire une technique juridique qui s'efforce de définir, avec un haut degré de précision, l'ensemble des droits et des obligations qui découlent d'un traité et qui veille à ce qu'il ne subsiste aucun droit non défini en dehors du traité. Le jargon de la certitude a aujourd'hui remplacé le terme devenu désuet d'« extinction » que l'on utilisait pour décrire les dispositions sur la certitude dans les traités et les accords sur les revendications territoriales antérieurs. Fondamentale au concept de la certitude est la notion de l'abandon des terres, soit l'abandon total et absolu de tous les droits non définis à la terre et aux territoires en échange de droits extrêmement précis définis dans le traité. Ce concept est reflété dans les mots « ...cèdent, renoncent, abandonnent... », que l'on trouve dans les traités numérotés d'après la Confédération et dans certaines ententes plus modernes sur les revendications territoriales[3]. Or, même si le langage a changé dans les ententes plus récentes sur les revendications territoriales, et même si les négociateurs ont sincèrement tenté de s'attaquer au problème, le modèle de base reste le même.

Le problème fondamental se résume à deux conceptions de la certitude diamétralement opposées. Bien qu'il y ait toujours un danger à généraliser, particulièrement lorsqu'il s'agit de questions autochtones, la démarche adoptée au moins par quelques peuples autochtones a été d'élaborer avec l'État une nouvelle relation qui réconcilierait deux perspectives différentes de l'histoire, de la souveraineté et de la propriété foncière. Il faut espérer que ce processus de réconciliation continuera d'apporter vie et richesse aux droits existants de manière à ce qu'ils puissent survivre et s'épanouir dans toute leur splendeur. Pour cela, il faut absolument reconnaître ces droits qui sont depuis longtemps tenus pour sacrés[4].

La démarche de l'État (et là encore il est difficile de généraliser) continue d'exiger l'abandon ou l'extinction de ces mêmes droits. L'extinction est difficilement acceptable pour les peuples autochtones, car elle laisse leur destin incertain. Les droits s'éteignent à cause d'un traité non validé qui doit régir les besoins des générations futures. Cela est inacceptable, car non seulement l'extinction est irrémédiable, mais les recours concernant ces droits éteints sont épuisés[5]. Bizarrement, toutes les parties aux négociations voient la certitude comme la pierre angulaire des ententes durables.

Perspectives des parties

a) Perspectives des Autochtones

Il est clair que le peuple autochtone a de la certitude un point de vue différent de celui des autres parties et considère l'extinction comme étant tout à fait inacceptable. Il y a quelque justice à penser comme les Autochtones. L'extinction semble forcer le peuple autochtone à rompre avec son histoire et avec sa culture et à supporter en grande partie, pour tous les Canadiens, le prix de la certitude, car elle l'oblige à fondre ses droits dans ceux de la majorité. S'il est vrai que les peuples autochtones furent ici les premiers, et s'il est vrai que le titre aborigène équivaut à un droit exclusif de pleine propriété, alors il est clair que les bénéficiaires des traités sont tous les Canadiens et certainement tous les

résidents de la Colombie-Britannique. Les seules populations qui doivent renoncer à des droits constitutionnellement protégés sont les peuples autochtones. Les traités qui prévoient l'extinction et l'abandon tendent à faire porter aux peuples autochtones une part inégale du poids de l'histoire et des erreurs des gouvernements à leur égard.

Certaines communautés autochtones[6] ont de la certitude des conceptions fondamentalement différentes de celles avancées par les pouvoirs publics dans les négociations de traités. Elles parlent de la certitude comme d'un objectif à atteindre par le biais :

- de communautés en bonne santé;
- d'un développement durable;
- d'égalité d'accès à l'emploi;
- du renforcement de l'identité culturelle et linguistique;
- de normes objectives pour mesurer la réussite d'un traité.

Ces communautés veulent savoir, de façon certaine, que le traité leur donnera les outils dont elles ont besoin pour continuer à bâtir leur futur. La certitude ne signifie pas élimination ou annulation des droits, mais garantie que les promesses seront tenues et que leur avenir sera assuré. Pour cela, elles ont besoin de relier la question de la certitude à des normes objectives pouvant mesurer les progrès du développement de leurs communautés et de rattacher la responsabilité du respect de ces normes à des organismes publics précis. La certitude ne porte pas sur l'extinction, mais plutôt sur le respect d'objectifs et sur la garantie qu'il y aura des communautés autochtones durables et saines.

Dans son rapport « *Un nouveau partenariat* », A.C. Hamilton a étudié ce que les peuples autochtones, les pouvoirs publics et des tiers pensaient tant de la certitude que de l'extinction. Il résume ainsi dans son rapport la perspective autochtone :

> « Pour les peuples autochtones, l'objet des traités a toujours été que leurs droits et leurs territoires soient reconnus et respectés par les nouveaux arrivants et que s'établissent des rapports pacifiques et profitables pour l'avenir. Les traités sont considérés par les peuples autochtones comme des engagements sacrés de

la Couronne leur garantissant que leur mode de vie demeurera inchangé et que leurs territoires ne sont pas menacés, même s'ils acceptent de partager certaines terres et certaines ressources. Les peuples autochtones estiment que par l'abandon on sape leurs droits fondamentaux dans une mesure qui dépasse largement la simple question de territoire. Ils voient l'exigence de l'abandon, peu importe le caractère limité ou précis de cet abandon, comme une tentative d'annihiler leur identité, leurs croyances et leurs modes de vie mêmes. À leurs yeux, « la certitude », c'est la reconnaissance de leurs droits ancestraux[7]. »

b) Perspectives de l'État

À bien des égards, les pouvoirs publics tant fédéraux que provinciaux ont vis-à-vis de la certitude des intérêts communs. Mais en même temps les différences sont évidentes. Le Canada a, dans sa relation avec le peuple autochtone, une obligation spéciale de fiduciaire que lui confèrent tant le droit que l'histoire. Le Canada devra donc veiller à ce que, quels que soient les mécanismes utilisés pour rendre possible la certitude, ils soient conformes à ses obligations de fiduciaire, lesquelles découlent des responsabilités législatives exclusives qu'il détient à l'égard des Indiens et des réserves. En outre, le Canada devra veiller à ce que, quels que soient les mécanismes sur lesquels on se sera entendu, ceux-ci soient conformes à ses obligations inscrites à l'article 35 et que toute violation des droits ancestraux puisse se justifier par son rôle de fiduciaire ou parce qu'il faut sauver « l'honneur de l'État ».

La province a, elle aussi, ses propres intérêts à protéger, le plus évident étant sa compétence sur les terres publiques et son intérêt particulier dans l'économie provinciale. Les deux niveaux sont également chargés de veiller à ce que les intérêts des tiers soient protégés.

Dans divers documents fédéraux de politique[8] ou de position, les objectifs fédéraux en matière de certitude ont souvent porté sur les facteurs suivants :

- justice, équité, respect mutuel et reconnaissance des droits;

- défense de l'honneur de l'État;
- certitude vis-à-vis des terres et des droits aux ressources pour le peuple autochtone et les autres Canadiens;
- encouragement des possibilités de développement économique pour tous les Canadiens;
- caractère acceptable des ententes de règlement pour le peuple autochtone, les pouvoirs publics et les autres parties susceptibles d'être visées;
- compatibilité avec l'évolution juridique et politique des droits ancestraux et des droits issus des traités, en particulier avec le paragraphe 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui reconnaît et confirme l'existence de ces droits;
- règlement efficace et accéléré des revendications globales afin de réduire le coût des négociations pour le peuple autochtone et pour les pouvoirs publics.

La province a aussi fixé ses exigences en matière de certitude dans plusieurs documents publics[9]. Elles portent sur les facteurs suivants :

- respect des droits juridiques existants – notamment des intérêts juridiques sur les terres et sur les ressources – appartenant à des personnes, à des groupes ou à des entreprises de la Colombie-Britannique;
- claire compréhension, par toutes les parties, de leurs droits, de leurs responsabilités et de leur obligation de rendre compte;
- clarté des relations du Canada, de la province et des administrations locales avec les Premières Nations;
- clarté et efficacité de l'administration des terres et des ressources publiques par la province;
- garantie, pour les parties détenant des intérêts sur les terres ou sur les ressources de la Colombie-Britannique, d'avoir des tenures inamovibles et de pouvoir planifier leur avenir;
- clarté, intelligibilité et caractère opportun des processus d'acquisition et de disposition des tenures par des particuliers ou des entreprises;
- compatibilité avec le système de titres fonciers existant en Colombie-Britannique.

Question d'hypothèses

a) Nature des droits ancestraux

Historiquement, l'une des hypothèses sous-jacentes à la démarche de l'État vis-à-vis de la certitude a été de penser que le titre ultime lui appartenait et que le titre aborigène n'était qu'un fardeau grevant le titre de l'État[10]. Le titre aborigène n'a jamais été considéré comme un intérêt de propriété concurrent sur les terres. Il a le plus souvent été décrit comme un droit personnel, ou comme usufruit[11] dont il fallait en quelque sorte traiter pour parfaire le titre de l'État. Dans le même ordre d'idées, on croyait que tous les intérêts de propriété étaient octroyés par l'État. Les droits ancestraux et, en particulier, le titre aborigène (s'il a jamais existé) n'étaient pas des intérêts indépendants, mais des intérêts inférieurs qui ne pouvaient concurrencer le titre de l'État.

Nous savons maintenant que certains des postulats des premiers documents de politique sur la certitude ne sont plus valables. Cela ne signifie pas que le besoin de certitude ait changé, mais que le terrain a bougé. Cela pose problème, car la colonisation de la Colombie-Britannique s'est effectuée sur les mêmes hypothèses erronées. La conclusion de ces idées était que soit droits ancestraux et titre aborigène n'étaient pas reconnus par la *common law*, soit ces droits avaient été éteints par des documents juridiques relatifs aux terres coloniales d'avant la Confédération. La façon de faire des affaires dans la province aujourd'hui ne tient pas compte la plupart du temps des droits ancestraux et du titre aborigène. Cela s'est compliqué quand l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est venu reconnaître et confirmer les droits ancestraux, y compris le titre aborigène.

b) Absence de définition des droits ancestraux

Les traités, et particulièrement les dispositions sur la certitude, sont souvent décrits comme un échange entre des droits ancestraux non définis et des droits et des avantages mieux définis dans les traités. L'une des hypothèses implicites fut de soutenir que ces droits étaient en grande partie limités aux activités traditionnelles propres à des lieux et ne correspondaient même pas à un intérêt propriétal. Les expressions « droits ancestraux » et « titre aborigène » ont donc été utilisées de façon interchangeable.

Nous savons à présent que les droits ancestraux et le titre aborigène sont beaucoup plus qu'un simple ensemble de droits pour exercer des activités traditionnelles propres à des lieux, puisque, d'après l'affaire *Delgamuukw*[12] :

- des droits ancestraux et un titre aborigène non éteints subsistent en Colombie-Britannique;
- une fois prouvé, le titre aborigène équivaut à un droit exclusif d'usage et de propriété;
- dans certaines régions, le développement des ressources peut nécessiter le consentement des Autochtones;
- le titre aborigène contient une valeur économique en ce sens que, dans certains cas, il entraînera dédommagement;
- les droits ancestraux sont dans une certaine mesure à l'abri du pouvoir législatif provincial par suite de la séparation des pouvoirs qui existait entre les gouvernements fédéral et provincial au moment de la Confédération;
- la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux et du titre aborigène par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* soulèvent des questions constitutionnelles et obligent le Canada et la Colombie-Britannique à tenir compte des droits ancestraux non éteints.

Pour simplifier, disons que l'aspect le plus important de ce qui précède est la distinction entre droits ancestraux et titre aborigène

et le fait qu'on doive comprendre que celui-ci est un intérêt sur une terre et équivaut à un titre de propriété. Il y a eu aussi toute une série d'affaires, en matière de pêche et de chasse en Colombie-Britannique, qui ont contribué à l'élaboration d'une jurisprudence sur les droits ancestraux et l'article 35[13].

c) La certitude, ou finalité par l'extinction, est un objectif souhaitable qui peut s'obtenir par la négociation de traités.

D'après une maxime juridique sur l'interprétation des contrats, [Traduction] « est certain ce qui peut être rendu certain ». Le problème est le suivant : Comment rendre certaine, à travers le processus des traités, toute cette incertitude ?

On peut qualifier des droits et des obligations juridiques de suffisamment certains, quand on sait qui peut faire quoi à qui. Pour cela, il est nécessaire d'identifier toutes les parties qui peuvent avoir des droits pouvant être exercés ou atteints d'une façon ou d'une autre. Il est aussi nécessaire de définir, pour chacune des parties, leurs droits fondamentaux et les obligations corrélatives que suscite l'exercice de ces droits.

Les parties pouvant avoir des droits dans un traité donné comprennent le groupe autochtone qui sera partie au traité, le gouvernement fédéral, le gouvernement provincial, peut-être aussi d'autres groupes autochtones, notamment des Métis et des Indiens non inscrits dont les droits seront susceptibles d'être affectés par le traité, les municipalités (administrations ayant des pouvoirs délégués par le gouvernement provincial) et des groupes non autochtones, notamment des personnes physiques et des sociétés. Les droits que peuvent posséder toutes ces parties sont nombreux, et peut-être indéterminés.

Pour rendre possible la certitude, il faut tenir compte de tous ces groupes et de leurs droits. En plus, les gouvernements doivent veiller à ce que les droits et les intérêts de tous ceux qui sont citoyens de la province, mais qui ne participent pas à la table des négociations, soient correctement représentés et protégés. Cela

comprend les droits et les obligations découlant du passé, les obligations et les droits actuels, autant qu'à venir. Par conséquent, la clarté des droits et des obligations de chacun est souvent difficile à discerner. Examinée sous l'angle du droit des biens, la variété de ce qui est à couvrir, sans parler de la description détaillée des modalités juridiques qui seront requises, est étourdissante[14]. De plus, la combinaison de tous les groupes et de tous les individus possibles dont les intérêts peuvent ou non être atteints, la panoplie de droits qui peuvent être en jeu et le désir de créer l'absolue certitude dans un traité n'ont fait qu'alimenter une obsession du détail. En un mot, les négociations sont devenues très complexes.

Compte tenu de tout cela, il faut se demander si la certitude, dans son sens absolu et avec la panoplie de droits pouvant ou non être affectés qu'il faut couvrir, constitue un objectif réaliste de traité ou même si elle constitue tout simplement un objectif souhaitable.

Les traités ne sont pas des contrats de droit des biens, ce sont des documents constitutionnels décrivant les relations entre les parties. Bien qu'il y ait un besoin de certitude, il y existe un besoin encore plus grand de souplesse pour permettre à ces relations de s'épanouir et d'évoluer avec le temps.

d) L'objet des traités est de garantir la certitude économique en Colombie-Britannique, particulièrement dans le secteur des ressources naturelles.

« La sécurité », tout comme « la certitude », risque de ne pas pouvoir être possible dans l'absolu, pas plus que la sécurité absolue n'est garantie en *common law*. Il est important de garder à l'esprit que tous les problèmes de sécurité des tenures ne mettent pas forcément en cause les droits ancestraux et le titre aborigène. La situation à Musqueam, par exemple, concerne plutôt les conditions d'un bail et la plus-value de certaines terres en 30 ans, facteurs qui, combinés, rendent incertaines les tenures des titulaires de ce bail. Les facteurs en question, qui rendent ces tenures incertaines, se seraient manifestés, que les terres en

question fassent ou non partie des terres autochtones, bien que le fait qu'ils se soient manifestés pour des terres visées par le paragraphe 91(24) complique la question de compétence. La sécurité absolue des tenures, tout comme la certitude quant à l'avenir, se situe au-delà de ce que peut promettre le droit.

Plus important encore, le type de certitude que des tiers exigent pour garantir la sécurité de leurs investissements dans le développement économique du secteur des ressources naturelles dépend de toute une foule d'autres facteurs. Citons notamment la montée et la chute du prix du papier et de la pâte à papier, les fluctuations du dollar, la complexité de l'accord et des négociations sur le bois d'œuvre résineux, l'accord de libre échange, les nouvelles questions environnementales, la réduction des stocks de poissons; l'économie asiatique, le prix du pétrole, la confiance dans le gouvernement au pouvoir, les questions syndicales.

e) Extinction et certitude

L'une des hypothèses fondamentales autour du modèle de l'extinction veut que celle-ci mène à la certitude. Cela est presque devenu une maxime, rarement contestée.

Or, il faut se souvenir que même dans la décision de première instance, le juge en chef McEachern avait soutenu dans l'affaire *Delgamuukw*[15] que, en tant que question de droit, l'extinction ne menait pas à la certitude absolue que l'on attendait. Plutôt, en accord avec la décision du juge de première instance, l'extinction donnait lieu à des obligations de fiduciaire. Même avec l'extinction, la province faisait encore face à la difficile tâche de mener une politique de consultations sur ces obligations fiduciaires. Plus récemment, dans l'affaire *Halfway River First Nation*, la cour d'appel de la Colombie-Britannique a soutenu que l'obligation de consulter, en rapport avec les droits prévus à l'article 35, existait toujours[16]. N'oublions pas que *la Halfway River First Nation* se trouve dans la zone du traité *n^{0} 8* et que le libellé des dispositions sur la certitude y est semblable à celui des autres traités numérotés d'après la Confédération.

De même, le rapport Hamilton donne un certain nombre d'exemples dans lesquels des traités contenant des dispositions d'extinction n'ont pas abouti à la certitude prévue par l'État[17]. En outre, dans l'affaire *R. c. Simon,* le juge en chef Dickson déclare « Il se peut que dans certaines circonstances un traité puisse être éteint par la violation de l'une de ses clauses fondamentales[18]. »

En outre, il faut se rappeler également que, conséquence des liens de fiducie existant entre l'État et les peuples autochtones, l'État doit agir avec soin et diligence vis-à-vis des droits des peuples autochtones, et conformément à leurs meilleurs intérêts. Une question brûlante, à laquelle personne n'a répondu pour l'instant, est de savoir si les dispositions sur l'extinction que contiendrait un traité pourraient être compatibles avec la fonction de fiduciaire du gouvernement fédéral. Il s'agit là d'une grande question qui se retrouvera sans aucun doute un jour au cœur de quelque litige à venir, si la substance du traité ne répond pas aux besoins de la partie autochtone.

En outre, le devoir de fiduciaire peut imposer à l'État l'obligation d'avoir une idée claire des droits qu'il éteint et d'informer la communauté autochtone concernée du détail de ces droits. L'État doit, peut-être, démontrer qu'il est au courant de ce qu'il éteint.

Terrain mouvant

L'arrêt *Delgamuukw* a suscité d'énormes questions quant à la capacité de la province d'aller de l'avant avec le développement des ressources sur les terres grevées d'un titre aborigène[19]. On se demande si la province peut réglementer l'utilisation des terres visées par le paragraphe 91(24), or nous savons maintenant que les terres détenues en vertu d'un titre aborigène équivalent à des terres visées par le paragraphe 91(24) et que les droits ancestraux et les droits issus des traités font partie de « l'essentiel de l'indianité », domaine dans lequel la province ne peut s'ingérer. Nous savons aussi que le titre aborigène ne s'est pas éteint et que, toujours pour sauver « l'honneur de la Couronne », lorsqu'il y a atteinte à un titre aborigène, il doit normalement y avoir

compensation. Il existe un conflit à la fois de propriété et de compétence. L'ancien sous-ministre aux Affaires indiennes, Doug McArthur, écrit dans un article :

> [Traduction] « Le gouvernement admet rarement toute la mesure et l'ampleur de ce conflit de propriété et de compétence, et cela de peur de provoquer une crise. Mais des analystes sérieux croient que le titre aborigène s'étend en fait sur de vastes étendues de bonnes terres publiques en Colombie-Britannique. Il est aussi vraisemblable que cela a pour effet d'étendre la compétence fédérale sur ces terres, puisque les terres indiennes sont la réserve constitutionnelle exclusive du gouvernement fédéral[20]. »

L'affaire *Delgamuukw* a soulevé d'énormes questions de compétence, des questions de propriété et des questions liées à la participation des Autochtones au développement des ressources. Le terrain est glissant. Nombre de ces questions ont des répercussions importantes quant à la façon dont les traités sont appliqués et quant à la nature de la participation provinciale dans tout accord final. Il n'est pas clair que toutes ces questions soient prises en considération dans la négociation des traités d'aujourd'hui. L'extinction n'est pas la solution à toutes ces questions.

Reconnaissance et réconciliation

Pour réussir les négociations de traité en Colombie-Britannique au XXI[e] siècle, il faut adopter une nouvelle démarche. Le Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique est créé depuis près d'une décennie et aucune des négociations n'est sur le point d'aboutir. Les mandats des gouvernements ne sont pas adéquats, car le prix demandé aux peuples autochtones (l'extinction) est trop élevé. Mais les points litigieux ne sont pas irréconciliables et la certitude est au cœur du débat.

Pour réussir la négociation des traités en Colombie-Britannique, les parties doivent envisager la certitude d'une façon différente, qui équilibre les perspectives concurrentes des parties. À cette fin, cette démarche devra :

- reconnaître les droits constitutionnellement protégés des peuples autochtones et en tenir compte, de façon à refléter leurs préoccupations et leurs croyances les plus profondes quant à leur relation à la terre et au droit de se gouverner eux-mêmes;

- mettre l'accent sur le besoin de maintenir la vitalité économique de la province par :
  a) la sécurité des terres privées et des détenteurs de tenure;
  b) la sécurité des terres publiques, comme base économique de la province;
  c) la certitude quant à la compétence, pour que les gouvernements puissent exercer leurs pouvoirs et que les rapports de compétence soient connus et compris.

Si la négociation de traité doit réussir, considérer « qu'elle donne des terres aux Indiens » devient problématique. En effet, les peuples autochtones ont déjà, vis-à-vis des terres, des intérêts constitutionnellement protégés; il est donc difficile de considérer que la négociation de traité leur donne des terres, en échange de l'extinction de ces droits vis-à-vis des terres. Il serait plus exact de considérer que le processus est une tentative d'atteindre la certitude en redéfinissant les relations entre gouvernements et Autochtones et en clarifiant par là même les différents droits des parties vis-à-vis de la propriété et de l'utilisation des terres dans la province.

La négociation de traité consiste à fournir un mécanisme permettant à la province comme au Canada de se conformer au droit constitutionnel canadien, tel que le décrit l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982,* sans saper la capacité de gouverner de l'État. La certitude, que les traités sont tenus de garantir, sera bénéfique pour toutes les parties. Il y aura des compromis bien sûr, mais la raison d'être des négociations n'est pas de donner quoi que ce soit aux peuples autochtones. Cela, la plupart du temps, échappe au public.

C'est là toute l'ironie car, comme chacun sait, pour emprunter les termes du juge Judson dans l'affaire *Calder*[21] [Traduction] « le fait est que lorsque les premiers colons arrivèrent, les Indiens étaient là, organisés en sociétés et occupant la terre comme avaient fait leurs ancêtres pendant des siècles ».

Dans les négociations de traités en Colombie-Britannique, un certain nombre de démarches ont été proposées pour parvenir à la certitude en dehors du modèle de l'extinction. Ces démarches ont été des tentatives honnêtes pour, à la fois, supprimer des traités le concept de l'extinction et pour fournir aux parties, notamment aux tiers, une certitude pour l'avenir. Il est bon de les revoir. Plusieurs de ces modèles sont brièvement décrits ci-dessous.

a) Modèle de partage des compétences

Ce modèle prévoit que le traité organisera une relation de partage des pouvoirs et fonctionnera sur le principe du parallélisme. Selon ce modèle, l'État et les gouvernements autochtones auraient pleins pouvoirs pour légiférer sur les terres et les ressources relevant de leur compétence respective. La certitude serait ainsi rendue possible, chaque gouvernement ayant un pouvoir exclusif sur ses propres terres et sur ses citoyens. Et lorsque les terres seraient partagées, la compétence serait partagée. Dans certains cas, sur ces terres partagées, les ententes de gestion actuelles pourraient rester ce qu'elles sont, les normes pourraient aussi être les mêmes, mais cela devrait être négocié. Les revenus seraient partagés. Sur les terres partagées, les intérêts des tiers ne seraient pas touchés, mais seraient soumis à toute norme renégociée.

b) Modèle de reconnaissance

D'après ce modèle, le traité reconnaîtrait les droits ancestraux des Premières Nations participantes. Même si tous ces droits seraient reconnus, tous ne pourraient pas être exercés. Il y aurait en outre l'engagement clair de n'exercer les droits ancestraux que d'une manière conforme à l'entente. Selon ce modèle, les droits

ancestraux continuent d'exister; la certitude exige que le traité prévoit les circonstances dans lesquelles ces droits pourront de nouveau être exercés. Le modèle a donc le potentiel de permettre l'évolution de la relation entre les parties. Il peut manquer de finalité, mais la finalité absolue risque de toute manière d'être impossible.

c) Modèle de la violation fondamentale du traité

Ce modèle est semblable au précédent. Dans ce cas, tous les droits n'auraient pas à être définis de façon exhaustive dans le traité. Les droits ancestraux non définis ne sauraient être exercés à moins d'une violation fondamentale du traité. Dans ce cas, les droits ancestraux seraient réactivés et pourraient s'exercer pleinement.

Cela donnerait lieu à des discussions sur ce qu'on entend par violation fondamentale, sur comment déterminer s'il y a eu véritablement violation fondamentale, ainsi que sur les moyens d'y remédier. Cela susciterait aussi beaucoup de discussions sur l'avenir des parties du traité qui n'auraient pas été violées, de façon fondamentale.

d) Modèle des définitions exhaustives

Ce modèle chercherait à définir de manière exhaustive les droits reconnus par l'article 35 à un groupe particulier d'Autochtones. Une variation serait de définir de façon exhaustive les droits et les obligations de ce groupe, des gouvernements fédéral et provincial et des tiers.

Disons tout d'abord qu'il s'agirait là d'une tâche fastidieuse. On pourrait ensuite peut-être objecter que la définition des droits ancestraux est une question de droit à laquelle les parties ne peuvent répondre. Quoi qu'il en soit, la définition des droits ancestraux dépend de la preuve et il se peut qu'en acceptant dans le traité et la législation qui en découle que par exemple, dans une région donnée, l'occupation des terres par le groupe autochtone en question était exclusive, exclusive de façon partagée ou non

exclusive, certaines conclusions juridiques pourraient en découler. Cela pourrait aussi nécessiter la participation ou l'entente de divers groupes d'Autochtones, lorsque les revendications se chevauchent.

Tous ces modèles devront être jumelés, dans le cadre du traité, à un mécanisme de résolution des différends, à un processus d'examen judiciaire et à des dispositions modificatives. Il pourrait aussi y avoir peut-être un tribunal des traités pour régler ce que le mécanisme de résolution des différends, mis sur pied par les parties, ne pourrait pas régler. Un tel tribunal a été discuté en détail dans le RCRPA[22].

Sans avoir épuisé la liste de modèles proposés[23], ni fait justice à l'un quelconque des modèles, cela donne un échantillon des options qui ont été présentées dans le contexte des négociations des traités en Colombie-Britannique. Et, bien qu'aucun de ces modèles ne puisse satisfaire toutes les parties, cela prouve au moins qu'il existe des options qui exigent de sérieuses discussions si les parties ont véritablement la volonté de trouver des solutions. Les parties devraient au moins s'entendre sur les principes qui les guideront dans leur quête de solutions.

Dans l'élaboration de ces principes, la première question à se poser est la suivante : **Le modèle permet-il, en substance, le maintien de l'ensemble des droits qui constituent la partie fondamentale des traditions et des croyances de la communauté autochtone en question ?** Parallèlement à cela, il faut déterminer si, en dépit du langage utilisé, le modèle ne requiert pas l'abandon ou l'extinction des droits non définis dans le traité.

Il existe aussi plusieurs questions subsidiaires, tout aussi importantes, auxquelles il faudra apporter des réponses, notamment :

- Quelles sont les répercussions de chaque modèle sur le statut juridique des terres dans la province, notamment des terres publiques, des terres en fief simple et des terres issues d'un titre aborigène ?

- Quelles sont les conséquences pratiques de chaque modèle dans des domaines tels que les activités de gestion des ressources, l'acquisition ou l'aliénation de droits aux terres ou aux ressources ?

- Dans quelle mesure le modèle rend-il possible une plus grande certitude quant à la compétence ?

- Quelles sont les conséquences de chacun de ces modèles pour les territoires autochtones qui se chevauchent ?

Tous ces modèles devront en définitive être évalués par rapport aux principales préoccupations de l'État en matière de certitude, et notamment vis-à-vis des intérêts des tiers. La question fondamentale qui se pose alors est la suivante : **Ce modèle de certitude donne-t-il à l'État et aux tiers une plus grande certitude que celle qui existe dans la situation politique et juridique d'aujourd'hui, sans traité ?**

Dans ce contexte, d'autres questions seront à envisager :
- Dans quelle mesure le modèle est-il compatible avec une économie provinciale moderne ?
- Dans quelle mesure le modèle garantit-il une plus grande sécurité pour les détenteurs de tenure et les propriétaires fonciers en fief simple de la Colombie-Britannique ?
- Le modèle donne-t-il aux citoyens de la Colombie-Britannique plus de sécurité dans leur emploi et plus de sécurité à la province dans l'utilisation de la base économique que constituent les terres publiques, que dans le cadre des incertitudes actuelles ?
- Le modèle garantit-il à l'État l'exercice de son pouvoir et définit-il les relations de compétence entre province, gouvernement fédéral et peuples autochtones ?

À l'égard de la Couronne fédérale, il faudra poser d'autres questions, dont la question fondamentale : **Le modèle est-il compatible avec l'obligation particulière du gouvernement fédéral à titre de fiduciaire et découlant des responsabilités**

législatives que lui confère le paragraphe 91(24) ? En outre, les deux gouvernements devront se demander si le modèle est compatible avec la reconnaissance et la confirmation des droits inscrits à l'article 35 .

Conclusion

De nombreuses études ont porté depuis des décennies sur la question des revendications territoriales, et notamment sur la question de la certitude. Chacune de ces études a demandé que le concept de l'extinction soit retiré de la négociation des traités. L'extinction demeure pourtant l'une des pierres angulaires des politiques menées par l'État dans la négociation des traités. Bien que les négociateurs aient tenté de s'attaquer à la question, des traités et des ententes de revendications territoriales modernes continuent d'exiger l'extinction ou l'abandon des droits ancestraux en échange de droits définis par les traités.

Pour que les traités fonctionnent en Colombie-Britannique au XXI[e] siècle, la certitude va devoir être envisagée autrement. Il y a presque 10 ans que le Groupe de travail de la Colombie-Britannique a remis son rapport et aucune des revendications incluses dans le processus prévu par la CTCB n'est près d'être réglée. En un mot, les mandats des gouvernements sont insuffisants, car le prix que ceux-ci exigent des peuples autochtones est trop élevé. Au cœur du règlement de nombre de ces questions fondamentales se trouve la question de la certitude.

Pour envisager la certitude, il va falloir tenir compte des profondes croyances des peuples autochtones vis-à-vis de leur relation à la terre et vis-à-vis de leur droit à se gouverner eux-mêmes. Une telle démarche devra extirper du traité le concept de l'extinction. Elle devra aussi tenir compte des préoccupations bien réelles de l'État et de celles des tiers. Elle devra être compatible avec le langage de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui parle de reconnaître et de confirmer, et fournir à toutes les parties beaucoup plus de certitude qu'il n'en existe aujourd'hui, sans traité.

Pour ce faire, il faudra véritablement repenser le modèle, en tenant compte des intérêts de toutes les parties et des grands changements qu'a subis le droit ces dernières années. L'étude devra se doubler d'un engagement politique envers le processus et d'une évaluation du montant d'incertitude qui existe sans les traités. L'étude devra aussi prendre en considération le fait que les traités sont des documents constitutionnels et non des contrats de droit des biens et que les solutions avancées doivent être souples et pas nécessairement immuables. L'engagement devra être autre chose qu'une nouvelle formulation de l'ancienne démarche avec des mots nouveaux. Voilà ce à quoi il faut s'engager. Sinon, il n'est pas sûr que les ententes conclues à l'avenir reflètent les véritables et profondes préoccupations des populations autochtones participant aux négociations et dont les droits sont les plus atteints. Si tel est le cas, quel que soit le libellé du traité, la certitude ne sera rien de plus qu'une illusion passagère.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

[1] *Rapport du groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique*, 28 juin 1991, à la p. 29.

[2] C'est-à-dire : *Un nouveau partenariat* (Rapport Hamilton); *le Rapport de la commission royale sur les peuples autochtones* (notamment le rapport provisoire intitulé : *Conclure des traités dans un esprit de coexistence*); le rapport Penner; le rapport Coolican; le rapport du Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique; les rapports connexes de la Commission canadienne des droits de la personne (rapports annuels de 1990 et 1991). En plus, de nombreux documents universitaires ont été écrits pour ces rapports et commissions, notamment *A New Covenant Chain: An Alternative Model to Extinguishment for Land Claims Agreements* : rapport préparé pour la Commission royale sur les peuples autochtones. Et cette liste ne comprend pas les divers documents fédéraux de politique, publiés ou non, ainsi que le travail interne réalisé par les nombreuses équipes qui ont participé aux négociations sur les revendications territoriales.

[3] Voir la *Convention de la Baie James et du Nord québécois,* Éditeur officiel du Québec, 1976, dont l'art. 2.1 énonce « Les Cris de la Baie James et les Inuits du Québec cèdent, renoncent, abandonnent et transportent par les présentes toutes leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire et du Québec »; voir aussi la *Convention définitive des Inuvialuit,* Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1984, dont l'art. 3(4) énonce « Les Inuvialuit cèdent, renoncent, abandonnent et transportent par les présentes toutes leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux et dans les Territoires du Nord-Ouest et du Yukon ainsi qu'à et dans leurs zones offshore adjacentes. »

[4] Pour une étude plus complète des perspectives autochtones, voir Canada, *Un nouveau partenariat,* rapport de A.C. Hamilton, chargé de recherches au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1995, aux pp. 49-58 [ci-après Rapport Hamilton]; et Canada, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral,* Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1995, aux pp. 9 à 15.

[5] Selon le *Black's Law Dictionary,* par extinction on entend [traduction] « la cessation ou l'annulation d'un droit ou d'un intérêt ».

[6] Voir les objectifs poursuivis par certaines Premières Nations Tsimshian dans les négociations conduites par le Conseil tribal Tsimshian.

[7] *Rapport* Hamilton, *supra* note 4 aux pp. 44-45.

[8] Voir, par exemple, *En toute justice : Une politique des revendications des autochtones*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord, 1981; et *Politique des revendications territoriales globales,* Ottawa, Affaires indiennes et du Nord, 1986.

[9] Voir plus généralement le point de vue de la C.-B. vis-à-vis des négociations de traités et vis-à-vis des terres et des ressources.

[10] *St Catherine's Milling and Lumber Co.* c. *The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46.

[11] Selon le *Black's Law Dictionary,* « usufruit » s'entend de « droit d'utiliser le bien d'autrui pour une période donnée, sans l'endommager ni l'amoindrir, même si le bien doit naturellement se détériorer avec le temps. »

[12] *Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique,* [1997] 3 R.C.S. 1011.

[13] Voir, par exemple, *R.* c. *Gladstone,* [1996] 2 R.C.S. 723.

[14] Au sujet de la propriété, on lit dans la *Blackwell Encyclopedia of Political Thought* :
[traduction] « En tant qu'institution sociale, la propriété se veut très variée tant au niveau de ce qu'elle vise que dans la façon dont la relation entre la personne et l'objet de propriété est conçue. Une description complète des modalités juridiques régissant la propriété dans toute société serait nécessairement compliquée par ces faits. Comme l'a fait remarquer un collaborateur d'une encyclopédie du XIX[e] siècle :

> Une description complète de la propriété, telle que la reconnaîtrait un système de droit donné, comprendrait les rubriques suivantes, qu'il serait nécessaire d'épuiser pour que la description soit complète. Elle comprendrait une énumération de toutes les choses et catégories de choses qui sont des objets de propriété : l'étalage du plus grand pouvoir qu'un homme puisse légalement exercer sur les choses; en relation avec ceci, les différents intérêts que des personnes peuvent avoir dans une chose objet de propriété; les modes par lesquels la propriété est légalement transférée d'une personne à une autre ou les modes par lesquels elle s'acquiert ou se perd; la capacité de catégories particulières de personnes d'acquérir et de transférer la propriété définie ci-dessus ou d'envisager une autre subdivision, aussi l'énumération des personnes qui ne peuvent acquérir un objet de propriété par suites d'incapacités juridiques. (*National Cyclopedia of Useful Knowledge*, vol. IX, page 871.) »

Nous pouvons conclure que pareille description d'un système juridique de propriété épuiserait les chercheurs, tout autant que les rubriques énumérées par cette encyclopédie.

[15] *Delgamuukw* c. *La Reine* [1991] 3 W.W.R. 97 (B.C. S.C.).

[16] *Halfway River First Nation* c. *British Columbia,* [1999] 4 C.N.L.R. 1.

[17] Voir le *Rapport Hamilton, supra* à la p. 40, où le juge Hamilton se réfère à la cause *Eastman Band* c. *Gilpin* dans laquelle la Cour provinciale a reconnu (après avoir considéré l'Entente sur la Baie James et le Nord québécois (Baie James) la législation fédérale et les Cree Naskapi (du Québec) que les « Cris conservent une certaine souveraineté résiduelle en ce qui a trait à leur gouvernement local ».

[18] R. c. *Simon,* [1985] 2 R.C.S. 387 à la p. 404.

[19] Pour une discussion plus fouillée de la question, voir K. McNeil, « *Aboriginal title and the Division of Powers: Rethinking Federal and Provincial Jurisdiction* » (1998) 61 Sask. L. Rev. 431.

[20] D. McArthur, *Treaty Making: Is the Theory Faulty* ?, U.C.-B., le 21 janvier 2000 [non publié].

[21] *Calder* c. *P.G. Colombie-Britannique,* [1973] R.C.S. 313.

[22] *Rapport de la commission royale sur les peuples autochtones* : *Une relation à redéfinir,* vol. 2, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1996. Voir en particulier les recommandations 2.4.29, p. 592.

[23] En particulier, voir la démarche suggérée dans le *rapport Hamilton, supra* note 4 aux pp. 122-123, laquelle comporte les six éléments suivants :

- Reconnaître dans le préambule que la partie autochtone possède des droits issus de traités dans la région visée par le traité.
- Établir avec le plus de détails possibles les droits de chaque partie signataire, et éventuellement d'autres parties visées, sur les terres et les ressources.
- Prévoir des dispositions de garantie mutuelle, en vertu desquelles les parties admettent qu'elles seront liées par traité et ne pourront exercer que les droits sur les terres et les ressources qui seront établis par le traité.
- Intégrer des énoncés mutuels selon lesquels chaque partie confirme que le traité satisfait les demandes de toutes les parties relativement aux terres visées et qu'aucune autre demande ne sera présentée ultérieurement relativement à ces terres, à l'exception de celles qui découleraient du traité.
- Intégrer au traité un mécanisme de règlement des différends assorti de pouvoirs étendus, notamment un arbitrage exécutoire et un examen judiciaire, de façon à garantir le respect des obligations prévues dans le traité et le règlement des désaccords relatifs au traité.

- Prévoir un processus de modification pratique en vertu duquel les parties peuvent, d'un commun accord, modifier certaines dispositions du traité pour l'adapter à l'évolution des circonstances.

Arrangements et conventions provisoires en Nouvelle-Zélande ou comment assembler des parcelles de certitude

Richard T. Price

Richard Price est professeur agrégé à l'Université de l'Alberta, où il fut le premier directeur de la School of Native Studies. Il enseigne présentement, en équipe avec le professeur Gary Youngman, l'art de la résolution des litiges, au Institute for Dispute Resolution de l'Université de Victoria; il est également adjoint de recherche auprès de l'unité de recherche sur le traité de Waitangi, à l'Université de Victoria à Wellington, en Nouvelle-Zélande. Le professeur Price a écrit plusieurs ouvrages sur la question des traités avec les peuples autochtones au Canada. Signalons parmi ceux-ci son livre intitulé « Legacy Indian Treaty Relationships », *lequel a notamment été utilisé par des écoles secondaires de l'Ouest canadien dans le cadre des cours de sociologie; cet ouvrage a en outre été cité avec approbation dans le rapport de la* Commission royale d'enquête de 1996.

Au cours de la dernière décennie, le professeur Price a concentré ses énergies à l'étude des processus de négociation entre les représentants des peuples autochtones et les gouvernements, tant en Nouvelle-Zélande qu'au Canada. Il a également agi à titre de conseiller spécial en matière de recherche, de formation et de facilitation auprès des Premières Nations et d'autres gouvernements et organismes ici au Canada.

Introduction

L'édification de relations conventionnelles est un processus long et ardu empreint des perceptions contradictoires des différentes parties au traité. Dans ce contexte, la conclusion d'arrangements et de conventions provisoires est susceptible de symboliser bonne volonté et confiance, en permettant le transfert de biens, de la Couronne aux parties aborigènes aux traités. On peut considérer que ces ententes provisoires permettent d'assembler des parcelles de certitude. Je vais soutenir ici que nous avons quelque chose à apprendre des réalisations contemporaines en Nouvelle-Zélande en matière d'arrangements et de conventions provisoires. Au nombre des avantages pour les tribus maories et pour la Nouvelle-Zélande, je citerai une bonne volonté accrue de la part de tous, une modification positive de l'atmosphère des négociations, de nouvelles terres ou de nouvelles ressources que les tribus maories vont pouvoir utiliser plus tôt qu'elles ne l'escomptaient et la suspension des recours judiciaires.

Le dernier rapport annuel de la Commission des traités de la Colombie-Britannique met en évidence le fait que ces arrangements

et ces conventions provisoires peuvent s'avérer fort pertinents pour la négociation des traités en Colombie-Britannique :

> [Traduction] Du fait de l'arrêt *Delgamuukw* de la Cour suprême du Canada qui en décembre 1997 y a confirmé le titre aborigène, les Premières Nations espèrent davantage que leurs préoccupations seront satisfaites. Résoudre plus tôt et non plus tard les problèmes touchant les terres et les ressources va restaurer la confiance dans le processus des traités... le besoin de mesures provisoires qui protègent les intérêts fonciers des Premières Nations s'est fait plus pressant ces dernières années, alors que les négociations se poursuivent et qu'augmentent les frustrations et les attentes[1].

En outre, le ton acerbe du débat récent susceptible de se prolonger, sur le bien-fondé des traités, notamment le traité Nisga'a, indique qu'il faut revoir les méthodes par lesquelles on aborde actuellement quelques-unes des questions les plus urgentes et les plus délicates en matière de traité. Les organisateurs de notre forum m'ont demandé de présenter ce qui s'est récemment réalisé en Nouvelle-Zélande dans la négociation des traités en vue d'élargir notre façon d'envisager ces questions en Colombie-Britannique et au Canada.

On peut se demander s'il est valable de comparer la Nouvelle-Zélande et le Canada, du fait que nous avons évolué différemment et que celle-là n'a pas de province. La question est juste; il faut bien sûr comprendre l'histoire des deux pays, mais des similarités entre les démocraties modernes que sont la Nouvelle-Zélande et le Canada rendent la comparaison réellement utile. Par exemple, tous deux ont des liens semblables avec le régime parlementaire britannique et les traditions de la *common law*. Dans notre contexte actuel, la similarité essentielle, qui sous-tend les deux situations, est la quête identique des peuples autochtones (Maoris et Premières Nations) en vue d'obtenir la reconnaissance, le respect, la réciprocité et un partage plus équitable du contrôle des terres, des ressources et de la prise de décision avec les gouvernements qui représentent l'État[2]. D'après mes recherches jusqu'à présent, le Canada a autant à apprendre des réalisations de la Nouvelle-Zélande que vice versa.

Première partie : Contexte des relations conventionnelles entre les Maoris et la Couronne en Nouvelle-Zélande – les grandes lignes

Un bref exposé des grands jalons de l'histoire de la Nouvelle-Zélande va nous aider à comprendre la situation actuelle. En 1840, le traité de Waitangi a été négocié entre la Couronne britannique et les chefs maoris. Les négociations de ce traité comprenaient en partie la promesse d'une relation continue entre les deux parties. La Couronne était représentée par le gouverneur Hobson qui fit valoir lui aussi la promesse d'une relation forte entre les Maoris et un pouvoir personnalisé et attentif, c'est-à-dire la nouvelle reine Victoria[3]. Comportant une version anglaise et une traduction en maori, ce traité a été au bout du compte signé par plus de 500 chefs de toute la Nouvelle-Zélande. Il s'avéra que les deux versions avaient des différences mineures, mais importantes, sur des mots clés touchant la souveraineté de la Couronne et l'autorité des chefs. Par exemple, à l'article 1, on employait le mot maori pour gouvernance au lieu de celui pour souveraineté et à l'article 2, le mot maori très fort « tino rangatiratanga » pour rendre autorité du chef. Ces différences se remarquent dans les versions de l'article 2, dont voici d'abord la traduction en maori :

> [Traduction] La reine d'Angleterre convient de protéger les chefs, les sous-tribus et tout le peuple de la Nouvelle-Zélande dans le libre exercice de leur chefferie sur leurs territoires, leurs villages et tous leurs trésors. En contrepartie toutefois, les chefs de la confédération et tous les chefs vendent leurs terres à la reine, au prix convenu par la personne qui en a la propriété et par celle qui l'achète, celle-ci étant nommée par la reine en qualité de responsable de l'achat. (Traduction en anglais du texte en maori par le professeur L. H. Kowari)[4].

Voici le texte anglais de l'article 2 :

> [Traduction] Sa Majesté la reine d'Angleterre confirme et garantit aux chefs et aux tribus, aux familles et aux personnes de la Nouvelle-Zélande, la possession libre, entière et sans conteste de leurs terres, domaines, forêts, pêcheries et des autres biens dont ils peuvent avoir propriété, collectivement ou individuellement, aussi longtemps qu'ils souhaitent en conserver la propriété; toutefois les chefs des tribus unies et les chefs individuels cèdent à Sa Majesté le droit exclusif de préemption sur ces terres, selon que leurs propriétaires peuvent être disposés à les aliéner, aux prix qui peuvent être convenus entre eux et les personnes qu'elle nomme pour traiter avec eux à cet égard[5].

Les griefs maoris contemporains qui découlent des traités ont très souvent été liés à la mise en œuvre et à l'interprétation de cet article 2[6].

L'historien Alan Ward discute en ces termes l'importance du traité et le fondement des revendications conventionnelles ultérieures :

> Le traité de Waitangi était un pacte solennel entre les chefs maoris (rangatira) et la Couronne britannique en vue de bâtir une nation grâce à leurs efforts conjoints. Les chefs reconnaissaient l'autorité prépondérante de la Couronne, en contrepartie d'une part de la reconnaissance du *tino rangatiratanga* des chefs, des tribus et du peuple et d'autre part des promesses de la protection royale, y compris des droits de propriété des Maoris. Toutefois, afin de rendre possible l'établissement des Blancs, la Couronne a acquis les terres par des moyens qui violaient constamment les principes du traité et marginalisaient les Maoris. En vertu de la *Loi sur le traité Waitangi*, qui a établi le tribunal de Waitangi, les demandes maories pour préjudices, à la suite de violations conventionnelles, ont été entendues selon des voies de droit régulières[7].

Alors qu'au XIX[e] siècle, les tribus maories ont présenté de nombreuses demandes pour violation de traité, ces 25 dernières années se sont révélées plus prometteuses pour résoudre les

griefs, dans la mesure où ces tribus peuvent à présent demander audience au tribunal Waitangi. Depuis 1985, celui-ci a entendu des demandes remontant à 1840[8]. De plus, les cours de la Nouvelle-Zélande sont davantage sollicitées pour rendre des décisions portant sur le traité et ses principes d'interprétation contemporaine ainsi que sur des réclamations pour violation de traité.

Les revendications découlant de traités sont parvenues à l'avant-scène du débat public vers le milieu des années 1980. Le gouvernement travailliste de la Nouvelle-Zélande a adopté un ensemble de politiques visant à résoudre quelques-uns de ses problèmes économiques bien réels, notamment celui de la forte dette étrangère, mais en même temps s'est efforcé de faire reconnaître le traité de Waitangi. Sa politique économique et sa politique vis-à-vis des traités ont donc eu tendance à s'opposer. Dans le cadre de l'une de ses stratégies économiques, le gouvernement a établi par voie législative des entreprises d'État (semblables à des sociétés d'État), puis leur a transféré les biens de l'État, terres, minerais et forêts compris. Les Maoris soupçonnaient que le gouvernement projetait de vendre ultérieurement nombre de ces biens au secteur privé (privatisation qui eut effectivement lieu par la suite). Estimant qu'une fois les ventes faites il n'y aurait plus rien pour donner droit à leurs demandes conventionnelles, les tribus et les organisations maories se sont donc fortement inquiétées de ces dispositions et sont donc intervenues en justice pour contenir l'action du gouvernement.

En rapport avec cela, le gouvernement a modifié la législation des pêches et les politiques en la matière par des stratégies visant à rationaliser l'industrie des pêches et pour ce, à réduire les petits commerces (dont de nombreux pêcheurs maoris) et à favoriser l'intérêt des grandes entreprises. Les exportations de poisson étaient devenues une excellente source de recettes publiques depuis le début des années 1980; le gouvernement a mis en place un nouveau système de gestion des quotas et de quotas personnels transférables pouvant se vendre et s'acheter. Là encore, les tribus maories, surtout celles qui traditionnellement se

consacrent à la pêche comme les Ngai Tahu au sud et les Muriwhenua au nord, ont estimé que les ressources de pêche leur échappaient (voir sur la carte à la fin du présent essai où se situent ces tribus).

Heureusement, les lobbyistes maoris ont réussi à ce que le gouvernement convienne, par divers textes législatifs majeurs adoptés à l'époque, que les activités qu'ils autorisaient ne soient pas contraires aux « principes du traité de Waitangi »[9]. Depuis 1985, cette expression a fondé des interventions en justice de la part des Maoris et d'autres actions devant le tribunal Waitangi. Les préoccupations maories en matière de traités et de terres, de ressources et de pêches étaient en jeu. Le tribunal Waitangi et les juridictions en sont progressivement arrivés à interpréter que les principes du traité signifient « l'esprit toujours vivant » du traité, s'attachant davantage aux intentions des parties qu'aux détails précis[10].

Les tribus maories ont souvent eu gain de cause : le tribunal Waitangi a rendu des recommandations favorables et les tribunaux ont pressé le gouvernement de *négocier* ces questions plutôt que de prendre des décisions unilatérales. À titre d'exemple, en 1987 une action d'envergure appelée « affaire des terres » ou « affaire du conseil maori » a instauré un nouveau climat de négociation et dans une certaine mesure protégé les terres qui faisaient l'objet de demandes conventionnelles[11]. Robin Cooke, président de la Cour d'appel, a déclaré que les cinq juges étaient arrivés à deux grandes conclusions :

> [Traduction] La première, que les principes du traité de Waitangi l'emportent sur toutes les dispositions de la *Loi sur les sociétés d'État*. La seconde, que ces principes exigent que les parties au traité, Pakehas (les Européens) et Maoris, agissent raisonnablement l'une envers l'autre, dans la plus grande foi[12]. (ma traduction du mot maori entre parenthèses)

Ce jugement a permis d'amorcer de nouvelles négociations et finalement de nouvelles mesures législatives. La *Treaty of Waitangi (State Enterprises) Act of 1988* [loi de 1988 sur le traité de Waitangi (entreprises d'État)] comporte des mesures protectrices visant à

résoudre certains problèmes, dans la mesure où cette nouvelle loi :

> [Traduction] confère au tribunal des pouvoirs fortement accrus à l'égard des terres publiques ayant été transférées aux entreprises d'État. Elle dispose qu'un extrait du jugement est à annexer au titre de ces terres, quand elles sont privatisées. Si le tribunal estime que leur acquisition n'a pas respecté le traité, il peut *ordonner*, et non seulement recommander, que le gouvernement effectue une nouvelle acquisition à la valeur actuelle du marché, puis retourne les terres aux demandeurs maoris[13].

Vers la fin des années 1980 et au début des années 1990, le gouvernement, dirigé d'abord par le Parti Travailliste, puis par les Partis nationaux, a de plus en plus préféré négocier les questions touchant les revendications conventionnelles plutôt que les porter en justice. La voie de la négociation a paru plus sage au gouvernement, car les tribus maories avaient souvent gain de cause en justice.

J'aborde à présent les séances de négociation particulières qui ont mené aux arrangements et aux conventions provisoires; j'examinerai ensuite le rôle de plusieurs arrangements et conventions provisoires qui touchent les négociations des revendications portant sur le traité de Waitangi entre les représentants maoris et l'État à la fin des années 1980 et dans les années 1990. Pour les questions des terres et des ressources, j'examinerai le cas des tribus Waikato Tainui et Ngai Tahu (la carte vous fournira d'autres détails). Pour la question de la pêche commerciale, je discuterai le règlement du traité qui concerne toutes les tribus maories.

Je précise que les cas étudiés plus avant se classent en quatre grandes catégories, afin de mieux comprendre comment les ententes et les arrangements provisoires peuvent bénéficier à la situation canadienne. Avant tout, il ne faut jamais oublier qu'ils ont des incidences à la fois symboliques et pratiques. La première catégorie est celle *des dons volontaires et unilatéraux* par l'État de titres fonciers ou de ressources. La seconde concerne *les institutions provisoires* établies conjointement, qui permettent de

conserver des terres, des ressources ou des biens uniquement pendant les négociations et qui sont ensuite démantelées à la mise en œuvre du règlement final. La troisième catégorie concerne *les transferts de droits de propriété* touchant des biens, notamment des tenures de forêt ou des quotas de pêche (dans le contexte de la Nouvelle-Zélande). La quatrième catégorie enfin porte sur *des symbolismes politiques, culturels et économiques* dans des transferts de biens, de terres ou de ressources. Plusieurs catégories peuvent s'appliquer à quelques études, mais une seule convient en général. Ces accords provisoires ont véritablement permis que s'instaure un nouvel équilibre entre les intérêts de l'État et ceux des Maoris vers l'objectif plus lointain d'un règlement définitif des traités.

Partie 2 : Revendications pour violation de traité – Arrangements provisoires

Arrangement provisoire – Restitution de terres publiques à la tribu Waikato Tainui

La tribu Waikato Tainui (37 000 personnes vivant près de Hamilton, sur l'Île du Nord) poursuit l'héritage du mouvement Maori King. Apparu vers 1850, ce mouvement a mené la résistance maorie à de nouvelles ventes de terres à des agents de la Nouvelle-Zélande. Cette résistance a amené le gouvernement à prendre des moyens plus coercitifs pour s'emparer des terres, c'est-à-dire en faisant appel à l'armée britannique et à des mesures législatives complémentaires. Ces *confiscations* (raupatu) à des tribus maories indépendantes ont eu lieu à plusieurs endroits sur l'Île du Nord; les pertes les plus importantes ont eu lieu dans la région de Taranaki, au nord-ouest de Wellington et dans la région de Waikito, au sud d'Auckland (la carte à la fin du présent essai présente plus de détails, y compris sur d'autres confiscations)[14]. En 1863-1864, les Waikato Tainui ont perdu presque 500 000 hectares, pour la plupart de fort bonnes terres agricoles[15].

La tribu Waikato Tainui a progressivement présenté des griefs relatifs aux traités, quant à cette confiscation de leurs terres. Même si le gouvernement au départ a pris des mesures pour proposer un dédommagement, la tribu a maintenu sa position

soutenant que « puisque des terres avaient été prises, des terres devaient être restituées »[16]. Elle demandait en outre à l'État des excuses pour ces confiscations effectuées à tort[17]. La confrontation est devenue ouverte vers la fin des années 1980, quand l'État a voulu vendre les biens de Coalcorp. Les Tainui étaient concernés, puisqu'une partie des terres se situaient en-deçà des limites de confiscation. Les pouvoirs publics les assuraient qu'il y aurait consultation, qui n'eut jamais lieu. Les Tainui ont alors porté l'affaire en justice et devant le tribunal Waitangi. La Cour d'appel a recommandé que des négociations aient lieu pour résoudre le différend et suggéré que les Tainui avaient droit à « une partie considérable des ressources, quoique bien moins que la moitié »[18]. Ce jugement de 1989 a relancé les négociations, de sorte que la demande des Tainui a été suspendue. Cependant, du fait du changement de gouvernement en 1990, la négociation des revendications relatives aux traités s'est avérée lente et ardue.

En 1991, lors de sa première réunion avec Robert Mahuta, négociateur en chef pour les Tainui de Waikato, Douglas Graham, le nouveau ministre chargé des négociations de traités a remarqué à quel point ceux-ci étaient affligés de ce qu'après tant de temps, leurs demandes n'aient encore abouti à aucun résultat apparent. Il a aussi noté qu'ils étaient fièrement déterminés à obtenir la restitution des terres. Il a senti que l'État faisait traîner et s'est efforcé de fournir une expression de bonne volonté :

> ... en 1992, j'ai demandé au Cabinet de restituer le camp militaire à l'extérieur de Ngaruawahia qui était devenu excédentaire. J'ai pensé qu'il fallait qu'au moins quelque chose ait l'air d'avoir été obtenu. Ce n'était pas un règlement « sous forme d'acompte à valoir ». Il a été convenu que le camp serait restitué inconditionnellement et simplement pour prouver la bonne volonté de l'État[19].

Ce don officiel eut lieu à Hopuhopu en mars 1993 et fit une impression positive : une ancienne Tainui a indiqué qu'il s'agissait d'une expression éloquente de bonne volonté de la part de l'État, que le climat des négociations s'était amélioré et que c'était vraiment une situation bénéfique pour tous[20]. Le titre des terres

fut dévolu à Pootatu Te Wherowhero, le premier roi maori. Le processus d'édification de la relation était lancé. Tout à fait conforme à la catégorie des dons volontaires et unilatéraux, cet arrangement provisoire a des aspects symboliques, puisque cette terre avait aussi été le siège du quartier général du premier roi maori.

La tribu Tainui de Waikato mit à profit cette restitution : dans les anciens bâtiments militaires à Hopuhopu, elle a installé le siège tribal, ses bureaux et ses salles de réunion. En 1995, j'y ai rendu visite à Robert Mahuta et à ses associés; le siège tribal était une ruche, pleine d'activité et les membres plus jeunes étaient nombreux à assumer d'importantes fonctions. Une fiducie Hopuhopu a été établie pour financer des bourses d'études. Par la suite, cette terre a aussi servi à de nouveaux projets de construction et à de nouveaux programmes, surtout un collège érigé par d'ambitieuses donations, un centre d'entraînement sportif et un foyer Kauhanganui pour le corps directeur du nouveau conseil tribal. Avant que le collège ne soit construit, la terre a servi en partie à un élevage laitier. Le site se prête bien aux aménagements du fait de sa proximité avec les communautés maories locales de Huntly et de Ngaruawhia.

Le règlement définitif s'est fait en 1995 et comportait la restitution de 15 690 hectares de terres, une excuse de la reine et un dédommagement en espèces pour une valeur totale de 170 millions de dollars. Dans le règlement, il y avait des bâtiments de la police et des tribunaux ainsi que le terrain sur lequel est située l'Université de Waikato. Ces institutions allaient devoir à présent négocier un bail et payer un loyer à un nouveau propriétaire – la tribu Tainui de Waikato. L'autre grande revendication des Tainui de Waikato touchant la rivière Waikato était encore à négocier.

Lors d'une conférence en 1995, Robert Mahuta, négociateur en chef pour les Tainui de Waikato a fait part des réflexions suivantes sur l'importance de la restitution des terres publiques et l'ambivalence des messages contradictoires de l'État pendant les négociations :

> La demande de restitution portait sur des terres publiques et non privées. La portée d'une telle restitution trouve son origine au siècle dernier, quand la Couronne, par ses forces armées, s'est emparée des terres tribales. Il est symbolique qu'il s'agisse de restitution de terres publiques. La démarche que les parties ont adoptées entre elles est intéressante elle aussi. Pour obtenir une solution durable, la bonne volonté doit être intrinsèque à toute négociation. Elle garantit aussi que l'on peut progresser sans méfiance. En 1989, lors d'une audience de la Cour d'appel, la Couronne a déclaré sous serment posséder près de 66 000 hectares. Ce montant se situe aujourd'hui à près de 38 000 hectares. La diminution de l'objet des revendications, que celles-ci puissent se contester ou non, a eu pour effet que les parties ont adopté des rôles d'adversaires respectueux[21].

De toute évidence, l'importance pour Robert Mahuta de la bonne volonté et de la confiance dans les négociations, obtenues grâce à l'arrangement provisoire de la restitution des terres publiques, se trouvait neutralisée dans une certaine mesure par le fait que l'État continuait de brader les terres excédentaires. « Le gouvernement avait désespérément besoin d'utiliser dans d'autres domaines ces terres. Il n'était pas possible de les immobiliser », selon le ministre Graham[22]. L'historienne Ann Parsonson décrit en ces termes les répercussions de la perte des terres publiques revendiquées sur les tribus Tainui et Taranaki :

> [Traduction] Je me rappelle la tristesse et la résignation chez les demandeurs iwi (des tribus) Taranaki – je ne dirais pas l'incrédulité, car les tribus à l'époque ne semblaient pas attendre beaucoup de l'État, quand les terres publiques se dérobaient à eux pendant que le tribunal entendait leurs revendications. Il en allait de même à l'intérieur du territoire Tainui à Waikato pendant que l'État et les Tainui étaient en négociation directe. J'affirme que dans les deux territoires, la façon dont les terres publiques étaient aliénées à ce moment-là se répercutait négativement sur ce que iwi (les tribus) pensaient de l'État; cela leur semblait être un manque flagrant de bonne foi. On savait ce qui se passait et cela nuisait beaucoup à la confiance envers les actions de l'État. Ses négociateurs pouvaient être de bonne foi, mais si ses organismes continuaient à aliéner les terres excédentaires comme si les

règlements découlant du traité leur importaient peu, il était malaisé de réconcilier les deux[23].

Au bout du compte, le concept de réserve foncière a été la solution qui a permis de vaincre ces difficultés que posait l'aliénation des terres publiques excédentaires. Nous allons l'étudier avec les négociations entre les Ngai Tahu et l'État.

Arrangement provisoire – la réserve foncière dans les négociations entre les Ngai Tahu et l'État

Les griefs découlant des traités de la tribu Ngai Tahu (25 000 personnes, Île du Sud) sont issus des transactions immobilières postérieures aux traités entre 1844 et 1865. À cette époque, les agents de l'État contrevenaient au traité en ce qu'ils ne mettaient pas en place les réserves foncières adéquates qui avaient été convenues, pour que les Ngai Tahu puissent prospérer et ne pas être marginalisés dans leur propre patrie, on oublia en outre les engagements spécifiques des agents de l'État envers les Ngai Tahu, notamment pour préserver la néphrite (marchandise essentielle au commerce) et les zones de cueillette de leur nourriture. Depuis les années 1860 mais surtout récemment, les Ngai Tahu ont défendu les griefs touchant leurs revendications conventionnelles par divers moyens – plaintes officielles au Parlement, présentations à des commissions d'enquête, actions en justice et devant le tribunal Waitangi.

Après un examen approfondi, celui-ci a publié un rapport en trois volumes, détaillant la nature de la revendication conventionnelle et a conclu :

> [Traduction] Le thème qui prédomine dans les résultats du tribunal et que réellement l'État concède constamment ou presque, c'est l'échec de celui-ci de garantir que les Ngai Tahu aient assez de terres pour leurs besoins actuels et à venir[24].

En 1991, la tribu Ngai Tahu a entamé des négociations menées en son nom par le chef Maori Tipene O'Regan et par le ministre Douglas Graham pour l'État. On a peu avancé au cours des deux premières années, de 1992-1993, et on a pourtant imposé un

concept d'une importance réelle et durable : on a établi le concept de *réserve foncière* – initiative Ngai Tahu à laquelle l'État a donné son assentiment pendant la négociation. Cette réserve foncière visait à préserver des terres que les Ngai Tahu souhaitaient avoir dans leur règlement final, notamment certaines terres publiques et d'autres parcelles que l'État avait acheté pour eux. Ils ont reçu le droit de préempter les terres publiques excédentaires qui allaient se libérer, mais à ce droit s'attachait la responsabilité de rechercher des terres afin d'en trouver qui puissent convenir à leurs plans à long terme. La valeur marchande de cette réserve foncière a été plafonnée à 40 millions de dollars; une fois le plafond atteint, les Ngai Tahu pouvaient substituer de nouvelles parcelles aux anciennes, pourvu que le plafond soit respecté. La réserve comportait d'anciennes terres publiques de valeur commerciale dans le centre ville de Christchurch et des terres avec des possibilités de tourisme et de randonnée près de la zone touristique de Queenstown. Cette réserve foncière a permis de construire la confiance, car elle a été pour les Ngai Tahu une preuve concrète que les négociations avançaient[25]. Aux termes de cet arrangement, l'État pouvait aussi poursuivre les ventes de certaines terres que les Ngai Tahu avaient rejetées car elles ne les intéressaient pas. Cet arrangement est le meilleur exemple d'une institution provisoire, puisqu'il a fonctionné sept ou huit ans, puis a été annulé quand le règlement final a été mis en place.

En mai 1994, après que les deux parties eurent acquis l'expérience de la réserve foncière, les Ngai Tahu ont de nouveau pris l'initiative d'envisager l'achat, au prix du marché et avec leurs fonds propres, de terres conservées dans la réserve foncière. Cette transaction devait se faire avant le règlement final. L'État était d'accord, supposant que les Ngai Tahu avaient besoin des terres pour eux-mêmes, ce qui dans certains cas était exact. Ils ont pu emprunter de l'argent, puis acheter au prix du marché la base aérienne de Wigram à Christchurch. Puis ils ont pu restaurer les maisons là-bas et les ont revendues à des membres de leur tribu et à d'autres Néo-Zélandais. Ils avaient cependant d'autres idées en tête et se sont rapidement organisés pour profiter de ce qui leur semblait une excellente perspective d'affaires. Ils engagèrent les services d'un gestionnaire de biens expérimenté et

commencèrent à chercher des acheteurs pour des terres alléchantes, qu'ils demandaient ensuite à la réserve foncière. Ils ont progressivement appris à trouver pour un acheteur intéressé une terre dans leur réserve foncière et en coordonnant date d'achat et date de vente, ils ont pu réaliser des profits considérables. L'État n'était apparemment pas satisfait de ces transactions lucratives, mais les affaires étant les affaires, il a acquis lui-même une source de revenus à partir de ces ventes de terres. Ces ventes de terrains à des tiers ont généré des revenus considérables pour les Ngai Tahu, ce qui leur a permis de couvrir en partie les frais des négociations et d'augmenter leurs actifs.

Plus tard la même année, les négociations entre les Ngai Tahu et l'État ont été rompues, pour plusieurs raisons et notamment : la forte divergence entre les deux parties dans l'évaluation globale des revendications conventionnelles, la rupture de la communication, la publication d'une politique publique des revendications conventionnelles qui fut fort controversée (surtout le plafond de un milliard de dollars pour toutes les revendications), les problèmes structurels dans les négociations et les conflits de personnalité entre les principaux négociateurs[26]. Il semble évident que la construction des relations dans des négociations de ce genre exige une attention continue et soutenue. Une telle relation est de par son essence même fragile, du fait des disputes souvent amères du siècle dernier entre les Maoris et l'État, et de la façon dont ces événements sont à présent perçus par les deux parties.

Les Ngai Tahu ont entrepris une série d'actions à la suite de cette rupture des négociations, notamment une demande d'audience au tribunal Waitangi et des actions en justice entre la fin de 1994 et le milieu de 1996. Un règlement provisoire de la revendication a en partie encouragé la reprise des négociations.

Avant de clore ce sujet des réserves foncières, il faut souligner qu'elles se sont révélées un mécanisme durable dans les processus de traités, puisqu'elles ont été utilisées dans d'autres régions de la Nouvelle-Zélande, dont les régions confisquées de l'Île du Nord (notamment celles revendiquées par les Taranakis), et ont finalement été appliquées à tous les territoires au nord de la

revendication Ngai Tahu. Et pourtant, l'État n'a accepté d'en établir ailleurs qu'en 1995, trop tard pour aider la tribu Tainu.

Partie 3 : Revendications pour violation de traité – Règlements conventionnels provisoires

Règlement provisoire – Restitution de la néphrite et des ressources aux Ngai Tahu

Après la rupture des négociations, il s'est avéré fort difficile de les reprendre pendant environ un an, un an et demi. Les deux parties ont pris des mesures de plus en plus agressives – pour l'État, la vente de fermes et de dépôts de charbon dans l'Île du Sud et pour les Ngai Tahu des actions en justice, dont certaines pour empêcher toute cession de terre publique. Finalement, le Premier ministre Jim Bolger a dû intervenir en 1996 lors d'une réunion avec le chef des Ngai Tahu, Tipene O'Regan pour que les négociations puissent reprendre. Lors du suivi de la réunion, les dirigeants des Ngai Tahu ont convenu d'un montant d'environ 170 millions de dollars pour la totalité de leurs revendications concernant les terres et les ressources (à l'exclusion de la pêche commerciale).

Les Ngai Tahu avaient tout de même la volonté d'affermir les négociations. Ils ont donc obtenu l'aide du Premier ministre pour que soit établie par voie législative la structure de leur nouveau conseil tribal (runanga). Ils ont en outre recherché un règlement provisoire de leur revendication conventionnelle, qui soit acceptable aux deux parties. Au nombre des éléments majeurs de cette entente provisoire : des textes législatifs affirmant que les Ngai Tahu, non pas l'État, étaient les propriétaires de la néphrite de l'Île du Sud, un montant non remboursable de 10 millions de dollars, la dévolution par voie législative de Tutaepatu Lagoon près de Christchurch aux Ngai Tahu[27]. Les Maoris appellent l'Île du Sud Te Wai Pounamu (l'Île de la néphrite); les Ngai Tahu la commercialisaient autrefois – sa restitution était donc fortement symbolique. Ce règlement provisoire constitue donc le meilleur exemple du symbolisme politique, culturel et économique dans le transfert de biens ou de titres. Comme l'offre ne dépendait pas

d'une entente finale, mais devait former partie de l'ensemble si un accord était finalement conclu, on la considère comme « un acompte ». La déclaration d'intention de ce règlement provisoire exprime clairement les volontés des parties :

> [Traduction] l'État adopte le présent acte en preuve de sa bonne foi et de sa bonne volonté, dans l'attente que les deux parties négocient de bonne foi un règlement global des revendications des Ngai Tahu et fassent des efforts raisonnables pour aplanir les obstacles éventuels à cette négociation de bonne foi[28].

Les Ngai Tahu quant à eux ont convenu « d'ajourner à une date non déterminée des instances touchant les revendications de façon à permettre ces négociations »[29]. Ils ont accepté le règlement provisoire en juin 1996, ce qui a ouvert la voie à de nouvelles négociations et à la reconstruction essentielle d'une relation qui avait été interrompue. Ce règlement provisoire a véritablement donné un nouvel élan aux négociations dont le climat s'est nettement amélioré. La convention principale (entente de principe) a été signée juste avant l'élection du début d'octobre 1996.

Ce nouveau processus a été renouvelé grâce à des équipes de négociation restructurées, dans lesquelles l'accent a été davantage mis sur les équipes de travail et moins sur les négociateurs principaux. Il a fallu quatre mois de négociation intense et beaucoup de créativité pour arriver à l'entente de principe. L'accord final est intervenu un an plus tard. Les éléments clés en étaient des excuses de l'État, un dédommagement financier de 170 millions de dollars au total, la restitution symbolique de Aoraki (Mont Cook) et un dédommagement culturel qui comprenait une cueillette traditionnelle. Plus de 90 p. 100 des Ngai Tahu ont adopté l'entente en 1997 et le Parlement a adopté la législation à cet effet en septembre 1998.

Les Ngai Tahu et d'autres tribus ont aussi participé de près aux conflits touchant les pêches commerciales conventionnelles, les négociations à cet égard ayant débuté il y a au moins 10 ans.

Règlement provisoire – Une nouvelle commission maorie de pêche détient les quotas de pêche commerciale

Vers le milieu des années 1980, l'État a tenté de restructurer la pêche commerciale en Nouvelle-Zélande par un nouveau système de quotas – le système de gestion des quotas – qui exigeait l'établissement de droits de propriété pour la pêche commerciale sous forme de quota individuel et cessible, pouvant se négocier ou se vendre. Ce nouveau système faisait partie de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la pêche; quelques grandes tribus maories, notamment les Muriwhenua et les Tainui sur l'Île du Nord et les Ngai Tahu sur l'Île du Sud ont néanmoins tenté d'empêcher l'État d'aliéner les pêches à des grandes entreprises commerciales. Les Maoris voulaient que leurs droits à ces pêches aux termes de l'article deux du traité de Waitangi soient respectés et protégés. Par des actions en justice et auprès du tribunal de Waitangi, ils ont utilisé les mécanismes de recours dont ils disposaient pour empêcher l'État d'agir contre leurs intérêts de pêcheurs. Une injonction interlocutoire a été accordée en 1987. Le juge Grieg de la Haute Cour a estimé que l'on pouvait soutenir que les Maoris avaient des droits aux pêches commerciales en vertu des traités et que l'État devait négocier avec les tribus maories en vue de réconcilier ces nouveaux points de vue sur les pêches avec les droits maoris issus des traités[30]. Un groupe de travail mixte Maoris-État a été constitué et les négociations ont commencé. Les Maoris demandaient la moitié des ressources de pêche et l'État n'était pas disposé à aller aussi loin. Les représentants de la pêche industrielle ont exercé de fortes pressions contre toute entente avec les tribus maories.

Après de longues négociations, auxquelles a pris part un comité parlementaire, le premier ministre est finalement intervenu pour débloquer la situation et a conclu une entente provisoire avec les négociateurs maoris, qui a abouti en 1989 à la *Maori Fisheries Act* [*Loi sur les pêches maories*]. Voici à ce propos les commentaires de l'un des négociateurs maoris, le Dr Tipene O'Regan :

> [Traduction] quant aux luttes pour les pêches dans leur ensemble, le règlement provisoire valait surtout parce qu'il était provisoire. Toutes les instances ont été ajournées jusqu'en octobre 1992. En compensation, 10 p. 100 de tous les quotas individuels cessibles pour toutes les espèces du littoral et d'eau profonde devait être progressivement cédé à une commission maorie de pêche au rythme de 2,5 p. 100 par an et 10 millions de dollars ont été transférés pour aider au développement[31].

Le prix d'achat des quotas a été estimé à 100 millions de dollars sur les quatre années. Lors d'une récente conférence, Tipene O'Regan commente en ces termes la réussite de l'entreprise coopérative maorie de pêche commerciale :

> [Traduction] la Commission maorie de pêche, établie à la suite du règlement provisoire de 1989, s'est rapidement trouvée au cœur du développement des pêches maories. La réussite commerciale a été totale et l'actif maori dans ce secteur a rapidement augmenté bien au-delà des 2,5 p. 100 prévus pendant quatre ans... Mais surtout, la Commission a aidé les Iwi à commencer leur développement économique dans leur propre région... Il existe à présent dans ce secteur une cinquantaine d'entreprises maories indépendantes qui, malgré une période récente fort difficile, sont toujours en activité. Il y a eu un échec. Ils ont vite appris, et quelques-uns de façon fort douloureuse, qu'il s'agit d'un secteur dur, surtout si l'on n'a pas les capitaux propres qu'il faut[32].

Vers 1992, des pressions se sont exercées sur l'État pour négocier un règlement définitif, en partie du fait de la publication d'un rapport par le tribunal de Waitangi sur les pêches des Ngai Tahu, qui était favorable à leurs droits de pêche traditionnels, droits commerciaux y compris. Les chefs maoris et les ministres de la Nouvelle-Zélande ont négocié un accord définitif et notamment l'achat par l'État et pour la Commission maorie de pêche de 50 p. 100 de l'entreprise Sealord, qui détient 26 p. 100 de l'ensemble des quotas de la pêche commerciale en Nouvelle-Zélande. Les négociateurs maoris ont en outre obtenu d'autres avantages, notamment 20 p. 100 de tous les nouveaux quotas à venir et un cadre réglementaire prévoyant la récolte traditionnelle (non commerciale) des produits de la mer[33]. Ce nouveau

règlement définitif a été mis en œuvre à la fois au niveau national grâce au renouvellement de la Commission de pêche maorie découlant du Traité de Waitangi et au niveau local des tribus, grâce à la location annuelle de quotas de pêche commerciale à la Commission.

La Commission a l'intention de restituer définitivement aux tribus les quotas et d'autres éléments d'actif en matière de pêche, mais il y a eu énormément de controverse quant à la formule d'attribution, qui demeure en contestation. Les tribus maories se sont entendues jusqu'à un certain point sur une formule juste, mais rien n'est encore conclu. L'élément qui achoppe provient du fait que les organisations maories des villes veulent une part du gâteau, puisque selon l'entente de règlement, tous les Maoris doivent partager les bénéfices de l'accord sur les pêches.

Partie 4 : Quelle différence ces arrangements et ces conventions provisoires ont-ils fait en Nouvelle-Zélande et l'expérience peut-elle s'appliquer au Canada ?

Quelques-uns des avantages analysés ci-dessus peuvent se résumer en quelques grands points. En premier lieu, ces accords provisoires ont vraiment réussi (à des degrés variables en fonction de la situation) à rétablir un climat de négociation fondé sur des relations plus cordiales en comparaison des attitudes et des démarches plus contradictoires de toute salle d'audience. Néanmoins, les demandeurs maoris ont conservé l'option de reprendre leurs actions en justice ou devant le tribunal de Waitangi. Ainsi que nous l'avons souligné ci-dessus, l'État a été un partenaire de négociation difficile, car ses messages sont souvent pleins d'ambivalence. Ces accords provisoires ont peut-être eu pour effet « de donner une chance à la paix », mais il semble que l'attitude pacifiste autant que l'attitude contradictoire sont demeurées dans les négociations ultérieures, et cela des deux côtés.

En deuxième lieu, les ententes provisoires ont souvent été des précurseurs des règlements finaux, en ce que des éléments des seconds étaient partie intrinsèque des premières. Les ententes provisoires ont surtout permis aux tribus maories d'accéder à diverses ressources dont elles avaient fort besoin; les Maoris ont ensuite tourné la situation à leur avantage, confiants que les ressources pouvaient être utilisées de façon qui reflétait leurs priorités.

En troisième lieu, ces règlements provisoires ont permis de précipiter la volonté et le rythme de négociation entre les Maoris et l'État. Ainsi que je l'ai montré ci-dessus, ils ont servi soit à reprendre des négociations ou bien à leur donner une impulsion nouvelle pour continuer vers un accord définitif. Ils constituent en ce sens des symboles tangibles de progrès pour la masse de la population – Maoris et grand public.

En quatrième lieu, grâce à ces et arrangements et ces conventions provisoires, les tribus maories ont acquis une utile expérience de la gestion de biens importants, immobiliers et financiers, à des moments stratégiques. Parce qu'elle a eu accès à une ancienne base militaire, la tribu Tainui de Waikato a pu entamer la construction et le développement d'un nouveau siège tribal. Parce qu'ils ont obtenu une réserve foncière par arrangement, les Ngai Tahu ont pu préserver leurs principaux éléments d'actif en vue d'un règlement et parce qu'ils ont pu accéder tôt à des parties de cette réserve foncière, ils ont pu en utiliser les revenus avec profit et s'assurer des rentrées régulières. Parce que leur propre Commission maorie de pêche a contrôlé les quotas de pêche commerciale et d'autres avantages, de nombreuses tribus maories ont pu créer ensemble et pour les leurs de nouvelles entreprises et de nouveaux emplois. De plus, l'expérience acquise lors d'arrangements provisoires dans un ensemble de négociations, tel que celui de la réserve foncière Ngai Tahu, a pu ensuite être mise à profit dans des négociations ultérieures.

Enfin, le règlement provisoire est un enclenchement vers un règlement final à venir, en ce qu'il est très difficile de faire marche arrière une fois qu'un règlement provisoire a été conclu. Et

pourtant, la négociation demeure en même temps ouverte, des zones difficiles pouvant se négocier par la suite à un rythme plus mesuré. Ce qui importe, c'est que des problèmes ont été résolus, ce qui est ressenti comme l'instauration d'un climat de confiance pour toute la négociation. Une fois que celle-ci a repris grâce à l'élan que lui a apporté le règlement provisoire, bien souvent aucune partie ne veut plus prendre la responsabilité de quitter la table de négociation et l'on constate une énergie et des initiatives renouvelées pour résoudre les questions les plus épineuses.

Nombre des avantages (si ce n'est tous) énumérés pour la Nouvelle-Zélande s'appliquent tout aussi bien à la situation du Canada et de la Colombie-Britannique. La situation est certes plus complexe ici, puisque trois parties sont en négociation, mais par contre, l'existence de la Commission des traités de la Colombie-Britannique, comme « gardienne du processus », est un avantage dont ne disposaient ni les négociateurs maoris ni l'État en Nouvelle-Zélande pour négocier. On peut considérer ici d'autres avantages, réels ou en puissance, à la lumière de notre propre histoire. Par exemple, dans les débats publics enragés sur les traités en Colombie-Britannique, des règlements et des arrangements provisoires pourraient contribuer de façon importante à retourner l'opinion publique qui paraît parfois hostile. Ce changement des perceptions des citoyens serait d'autant plus réel, si ces nouvelles mesures s'accompagnaient d'actions concertées de vulgarisation. De même, la bonne volonté chez toutes les parties aux négociations que suscitent des arrangements et des conventions provisoires pourrait fort bien avoir des répercussions positives imprévues dans d'autres domaines de la vie publique. Il pourrait par exemple, du fait de l'amélioration des relations et du climat des négociations, y avoir davantage d'actions de coopération entre l'État et les Premières Nations ou de coentreprises entre celles-ci et le secteur privé dans des domaines vitaux comme la pêche et les forêts.

Pour accomplir ces changements, il faudra toutefois une forte dose de volonté politique de tous les côtés. Le négociateur maori, Robert Mahuta, souligne l'importance de cette volonté politique

dans la conclusion de ses commentaires récents sur les négociations État-Tainui :

> [Traduction] Comme alternative aux tribunaux, aux instances internationales, au tribunal de Waitangi ou l'insurrection civile, la négociation directe comporte à la fois avantages et inconvénients. Nous avons appris qu'en définitive, les résultats dépendent uniquement chez les deux parties de la volonté politique d'aboutir[34].

À cet égard, on peut soutenir que la volonté politique de négocier un règlement final est moindre s'il est probable de conclure un accord provisoire. Je soutiens au contraire que la probabilité d'un accord définitif augmente bien davantage, du fait de quelques avantages à retirer des accords provisoires, surtout pour les Premières Nations qui négocient depuis longtemps, difficilement et avec peu de chances de réussir. Des ententes provisoires s'adaptent très bien à une démarche de construction des relations et sont conformes aux recommandations du Rapport du Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique de 1991. Rappelons-en deux :

> 1. Que les Premières Nations, le Canada et la Colombie-Britannique établissent une nouvelle relation fondée sur la confiance mutuelle, le respect, la compréhension - grâce à la négociation politique.
>
> 16. Que les parties négocient des ententes concernant les mesures provisoires avant ou durant les négociations des traités, lorsque le processus risque d'être entravé en raison d'un intérêt touché[35].

Conclusion

D'après ce qui vient d'être exposé ci-dessus, il semble qu'il y ait de bonnes raisons de donner aux arrangements et aux conventions provisoires une chance d'aboutir en Colombie-Britannique. Quelques mesures provisoires judicieuses ont été élaborées, comme les ententes sur les mesures provisoires

touchant Clayquot Sound et le prolongement le plus récent de cette entente est souvent qualifiée de « pont » vers le traité.

Cette entente a surgi toutefois dans des circonstances spéciales et demeure exceptionnelle. Plus récemment, le concept de mesures liées à des traités que le Canada et la Colombie-Britannique ont inauguré semble prometteur, mais ces mesures sont encore à négocier et à appliquer.

Il y a lieu à présent d'avancer et les exemples néo-zélandais indiquent diverses directions créatives. Il est fort probable que les arrangements et conventions provisoires pourraient améliorer la situation, car ils montrent clairement des signes tangibles de progrès pour tout le processus des traités. Les négociations de traité et la construction de relations relèvent d'un processus dynamique et la relation à long terme que supposent les traités semble se prêter à ce que sa progression se découpe en étapes. Il nous faut peut-être penser que l'édification de relations fait partie intégrante de toute négociation de traité, plutôt que de mettre tous nos œufs dans le même panier d'un règlement définitif, quelle que soit son importance. Les relations doivent se poursuivre après que les traités sont signés et scellés. Des relations de respect mutuel entre l'État et les Premières Nations exigeront un travail permanent pour bâtir la société juste et pacifique que nous souhaitons presque tous pour nos enfants et nos petits-enfants. Les règlements provisoires sont pour une population sceptique, et les membres des Premières Nations la preuve tangible qu'il existe une volonté commune (chez toutes les parties) de prendre des directions sérieuses et positives.

Note de conclusion : Je remercie pour leurs suggestions d'amélioration du projet ou du premier projet du présent essai Richard Hill, Ann Parsonson, Tipene O'Regan, Garth Cant, Katherine Slaney, Helen Wood et Stephen Owen. J'exprime aussi ma gratitude à Ken Josephson, cartographe au département de géographie de l'Université de Victoria, pour avoir réalisé la carte à la fin du présent essai. Je demeure responsable de son contenu.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Jurisprudence

New Zealand Maori Council c. *Attorney-General,* [1987] 1 N.Z.L.R. 641 (C.A.).

Tainui Maori Trust Board c. *Attorney General,* [1989] 2 N.Z.L.R. 529.

Documentation annexée : Monographies

Bellich, J., *Making Peoples A History of New Zealanders From Polynesian Settlement to the End of the Nineteenth Century,* Auckland, Allen Lane The Penguin Press, 1996.

Dogan, M. et D. Pelassy, *How to Compare Nations Strategies in Comparative Politics,* Chatham, Chatham House Publishers Inc., 1990.

Graham, D., *Trick or Treaty?,* Wellington, Institute of Policy Studies, Victoria University of Wellington, 1997.

Kawharu, I. H., *Waitangi Maori and Pakeha Perspectives of the Treaty of Waitangi,* Auckland, Oxford University Press, 1989.

Mahuta, R., Tainui: « A Case Study of Direct Negotiations » dans G. McLay, dir., *Treaty Settlements: the Unfinished Business,* Wellington, New Zealand Institute of Advanced Legal Studies and the Victoria University of Wellington L. Rev., 1995, aux pp. 67-87.

Orange, C., *The Treaty of Waitangi,* Wellington, Allen & Unwin Port Nicholson Press, 1987.

Orange, C., *An Illustrated History of the Treaty of Waitangi,* Wellington, Allen & Unwin Port Nicholson Press, 1990.

Price, R., *Assessing Modern Treaty Rights: New Zealand's 1992 Treaty of Waitangi (Fisheries Claims) Settlement and its Aftermath,* Christchurch, University of Canterbury, Macmillan Brown Centre for Pacific Studies, document de travail nº 3.

Price, R., *The Politics of Modern History-Making: the 1990s struggle of the Ngai Tahu tribe with the Crown to achieve a Treaty of Waitangi claims settlement,* Christchurch, University of Canterbury, Macmillan Brown Centre for Pacific Studies [à paraître en 2000].

Sharp, A., *Justice and the Maori Maori Claims in the New Zealand Political Argument in the 1980s,* Auckland, Oxford University Press, 1990.

Temm, P., *The Waitangi Tribunal The Conscience of the Nation,* Auckland, Random Century New Zealand, 1990.

Ward, A., *An Unsettled History Treaty Claims in New Zealand*, Wellington, Bridget Williams Books, 1999.

Documentation annexée : articles, thèses, rapports et conférences

Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Rapport annuel 1999, « Our Future »*, Vancouver, C.-B. , 1999.

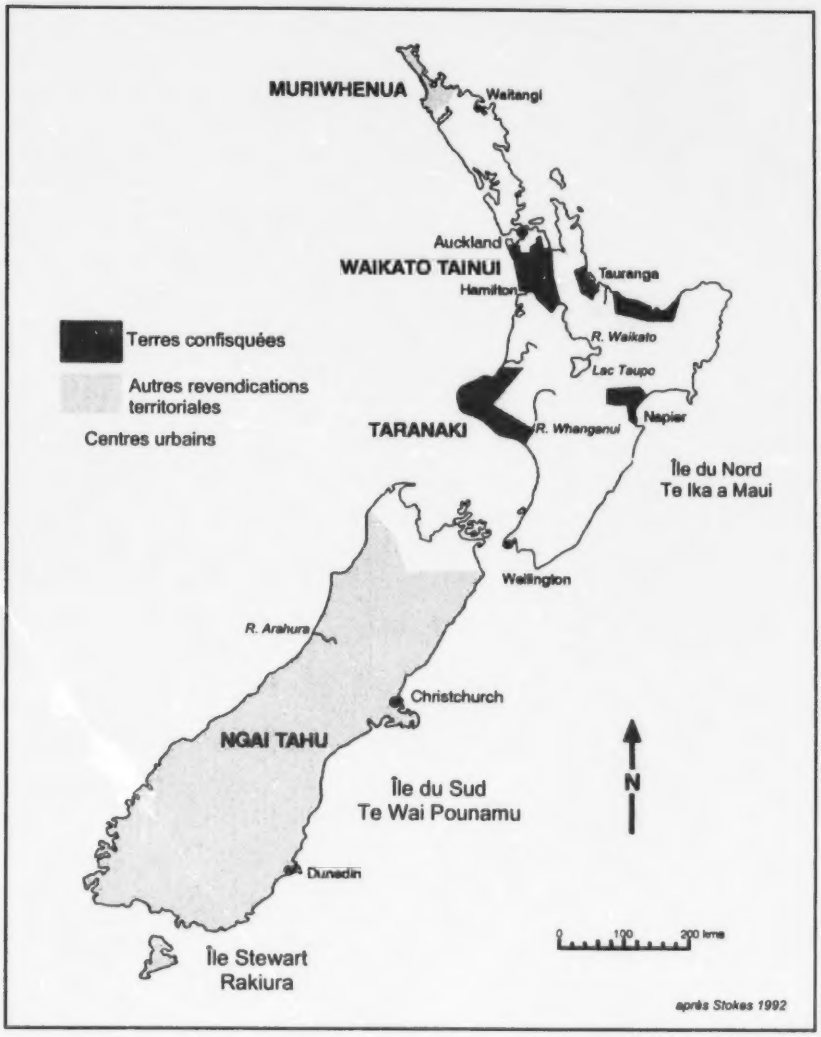
Canada, Colombie-Britannique et Sommet des Premières Nations, *Recommandations du Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique*, 1991.

Hayward, J., *In Search of a Treaty Partner: Who, or What, is the 'Crown' ?*, thèse de doctorat Université Victoria de Wellington, 1995, chap. 5.

O'Regan Dr T., *Treaty Settlements, Fisheries and the Restoration of Rights*, [notes non publiées pour la Thomas Cawthorn Memorial Lecture, Nelson, le 6 août 1999, mises à la disposition de l'auteur].

Stokes, E., *The Treaty of Waitangi and the Waitangi Tribunal: Maori claims in New Zealand*, Christchurch, Applied Geography 12, 1992, aux pp. 176-191.

Carte des principales zones de la Nouvelle-Zélande sur lesquelles portent les demandes pour violation de traité



RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

[1] Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Rapport annuel 1999, « Our Future »*, Vancouver, C.-B., 1999, p. 5.

[2] Voir notamment la discussion de l'articulation (et de l'ajout) des intérêts au chapitre des équivalences fonctionnelles du livre *How to Compare Nations – Strategies in Comparative Politics,* Chatham, Chatham House Publishers Inc., 1990, à la p. 39.

[3] C. Orange, *The Treaty of Waitangi,* Wellington, Allen & Unwin Port Nicholson Press, 1987, aux pp. 46, 56-57; et J. Hayward, *In Search of a Treaty Partner: Who, or What, is the 'Crown' ?,* thèse de doctorat en politique, Université Victoria de Wellington, 1995, chapitre 5.

[4] C. Orange, *An Illustrated History of the Treaty of Waitangi*, Wellington, Allen & Unwin Port Nicholson Press, 1990, à la p. 39 [ci-après *An Illustrated History*].

[5] *Ibid.*, à la p. 38.

[6] Pour des études plus approfondies à cet égard, voir : C. Orange, , *The Treaty of Waitangi,* Wellington, Allen & Unwin Port Nicholson Press, 1987; A. Sharp, *Justice and the Maori Maori Claims in the New Zealand Political Argument in the 1980s,* Auckland, Oxford University Press, 1990 [ci-après *Justice and the Maori Maori*]; I.H. Kawharu, *Waitangi Maori and Pakeha Perspectives of the Treaty of Waitangi,* Auckland, Oxford University Press, 1989; A. Ward, *An Unsettled History Treaty Claims in New Zealand,* Wellington, Bridget Williams Books, 1999 [ci-après *An Unsettled History].*

[7] *An Unsettled History, ibid.*, à la p. 7.

[8] Voir P. Temm, *The Waitangi Tribunal The Conscience of the Nation,* Auckland, Random Century New Zealand, 1990; E. Stokes,*The Treaty of Waitangi and the Waitangi Tribunal: Maori claims in New Zealand,* Christchurch, Applied Geography 12, 1992, aux pp. 176-191.

[9] *Justice and the Maori Maori, supra* note 64 aux pp. 172-173.

[10] *Ibid.*, à la p. 168.

[11] *An Unsettled History, supra* note 64 à la p. 35.

[12] *An Illustrated History, supra* note 4 à la p. 109; *New Zealand Maori Council* c. *Attorney-General,* [1987] 1 N.Z.L.R. 641 (C.A.).

[13] *An Unsettled History, supra* note 64 à la p. 35.

[14] Pour davantage de détails sur les guerres entre la Couronne et les Maoris, voir J. Bellich, *Making Peoples A History of New Zealanders From Polynesian Settlement to the End of the Nineteenth Century*, Auckland, Allen Lane The Penguin Press, 1996, aux pp. 229-246.

[15] Pour davantage d'informations sur les négociations des demandes conventionnelles découlant du traité des Tainui de Waikato, voir R. Mahuta, « Tainui: A Case Study of Direct Negotiations » dans *Treaty Settlements: the Unfinished Business* dans G. McLay, dir., Wellington, New Zealand Institute of Advanced Legal Studies et Victoria University of Wellington L. Rev., 1995, aux pp. 67-87 [ci-après « Tainui: A Case Study »]; D. Graham, *Trick or Treaty ?*, Wellington, Institute of Policy Studies, Université Victoria de Wellington, 1997, aux pp. 71-79 [ci-après Trick or Treaty ?].

[16] « Tainui : A Case Study », *supra* note 15 à la p. 72.

[17] *Ibid.*, à la p. 76.

[18] *Tainui Maori Trust Board* c. *Attorney General*, [1989] 2 N.Z.L.R. 529.

[19] *Trick or Treaty?*, *supra* note 1 à la p. 73.

[20] Dr Richard Hill, correspondance électronique avec l'auteur, le 1er février 2000. L'État a également conclu un règlement provisoire touchant d'autres terres à l'ancienne base aérienne à Te Rapa (évaluées à environ 3 millions de dollars), mais on a considéré que ce règlement était un acompte, à valoir donc sur le montant du règlement final.

[21] « Tainui : A Case Study », *supra* note 15 à la p. 80.

[22] *Trick or Treaty?*, *supra* note 1 à la p. 53.

[23] Dre Ann Parsonson, correspondance électronique avec l'auteur, le 17 février 2000.

[24] Rapport de 1991 du tribunal Waitangi, p. 174.

[25] R. Price, *The Politics of Modern History-Making: the 1990s struggle of the Ngai Tahu tribe with the Crown to achieve a Treaty of Waitangi claims settlement*, [Christchurch, Université de Canterbury, Macmillan Brown Centre for Pacific Studies, à paraître en 2000, p. 14]

[26] *Ibid.*, aux pp. 15-17.

[27] *Ibid.*, à la p. 37.

[28] Acte du règlement « Acompte à valoir » entre l'État et les Ngai Tahu, 1996, p. 6.

[29] *Ibid.*

[30] R. Price, *Assessing Modern Treaty Rights: New Zealand's 1992 Treaty of Waitangi (Fisheries Claims) Settlement and its Aftermath*, Christchurch, Université de Canterbury, Macmillan Brown Centre for Pacific Studies, document de travail numéro 3, p. 17 [ci-après *Assessing Modern Treaty Rights*].

[31] Dr T. O'Regan, *Treaty Settlements, Fisheries and the Restoration of Rights*, [notes non publiées pour la Thomas Cawthorn Memorial Lecture, Nelson, le 6 août 1999, mises à disposition par l'auteur, p. 12]. Pour plus de détails, voir aussi *An Illustrated History, supra* note 4 aux pp. 111-117.

[32] O'Regan, *ibid.* aux pp. 13-14.

[33] *Assessing Modern Treaty Rights, supra* note 30 à la p. 26.

[34] « Tainui : A Case Study », *supra* note 1 à la p. 87.

[35] Canada, Colombie-Britannique et Sommet des Premières Nations, *Recommandations du Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique*, 1991.

La voie à suivre

Hamar Foster

Ce n'est pas sans une certaine réticence que j'ai accepté de présenter cet essai pour la séance « La voie à suivre ». Je m'intéresse aux traités à titre d'historien du droit et d'éducateur, non à titre de participant; je ne suis ni un négociateur de traité ni une personne directement concernée par la négociation des traités. Non plus, pour paraphraser Leonard Cohen, puis-je prétendre détenir la clé qui nous mènera au cœur de cette question ou de toute autre. Mais, comme toute personne ici au Canada, j'ai à cœur le processus de négociation, et la question fondamentale que je me pose est de savoir comment nous allons partager le fardeau de l'histoire que nous a légué notre passé colonial. Ou, pour être plus direct, comment nous allons pouvoir à la fois reconnaître le caractère injuste et illégal de ce qui s'est passé en Colombie-Britannique et trouver des solutions qui soient aujourd'hui viables et justes ?

Hamar Foster, professeur de droit et doyen adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Victoria, a pratiqué le droit à Vancouver avant de se joindre à la faculté de Droit en 1978. Au cours des vingt dernières années, il a écrit plusieurs ouvrages traitant de l'histoire du droit au Canada, du droit autochtone, et du droit comparé entre le droit criminel au Canada et aux États-Unis, et a notamment collaboré à la rédaction de deux volumes d'une série d'essais portant sur l'histoire du droit dans l'Ouest du Canada et des États-Unis.

En 2001, il sera reçu Fellow *au Centre for Studies in Religion and Society de l'Université de Victoria, et travaille présentement à la rédaction d'un livre intitulé «* We Are Not O'Meara's Children: The Quest for Aboriginal Title in British Columbia, 1849-1928. *»*

Il est clair que nous voulons tous trouver « la voie à suivre », autrement nous ne serions pas réunis ici aujourd'hui. La Cour suprême, dans l'affaire *Delgamuukw* , nous a indiqué la destination, même si ses juges, comme à l'habitude, se sont avérés plutôt avares de détails. Le secret de la réussite est la réconciliation des droits ancestraux et du titre aborigène préexistants avec la souveraineté de la Couronne. La Cour a dit que cette réconciliation devait se faire par la négociation, renforcée par ses propres arrêts, et qu'il fallait qu'elle se fasse, car c'était tout simplement la chose à faire. « Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester »[1]. La participation au processus de négociation signifie donc que nous devons prendre au sérieux

les droits constitutionnels spéciaux des Premières Nations et aussi que, pour diverses raisons, nous devons parvenir à un règlement politique par la négociation plutôt qu'à un règlement judiciaire devant les tribunaux. Pareil engagement entraînera évidemment des compromis; mais il peut très bien ne pas conduire immédiatement à la conclusion de traités.

Le présent forum vise à essayer de sortir de l'impasse, non pour la perpétuer; je n'aborderai donc pas toutes les objections au processus actuel qui se sont manifestées au fil des années. Je laisserai de côté les objections aux droits ancestraux *per se*, aux droits ancestraux comme droits collectifs et à l'idée d'une souveraineté autochtone limitée ou partagée, selon les diverses interprétations. Ces thèmes ont eu leur temps, à mon avis, et bien que pareilles objections soient d'un intérêt philosophique certain, il ne s'agit peut-être plus de cela aujourd'hui[2]. Je laisserai également de côté les objections à la participation de la province aux rondes de négociations, les appels pour un changement fondamental de l'attitude du Canada vis-à-vis de la souveraineté autochtone et les différentes interprétations de l'arrêt *Delgamuukw*. Il s'agit là d'importantes questions et les désaccords sur l'arrêt constituent à eux seuls un obstacle évident à plusieurs tables de négociations. Je ne pense pas cependant que, dans la plupart des cas, il faille au préalable répondre à toutes ces questions pour pouvoir « réussir » à court terme. Si c'était le cas, on risquerait de ne jamais y arriver.

Le fait est que la province *participe* au processus de négociation; que tant le gouvernement fédéral que le gouvernement provincial reconnaissent qu'il existe un droit inhérent à une quelconque autonomie gouvernementale; et que les tribunaux n'iront certainement pas menacer cette tendance favorable[3]. Il me semble donc qu'informer le public pour qu'il sache pourquoi on en est là, et élaborer des mesures provisoires qui soient et justes et efficaces, feront sans doute beaucoup plus pour faire accepter le titre aborigène et la souveraineté d'une part et le processus lui-même d'autre part, que d'essayer de changer les esprits au niveau d'une volonté toute théorique. Donc à supposer que cela soit le cas, quels problèmes immédiats y a-t-il ?

Quelques problèmes du processus actuel de négociation

La première chose que je fis, quand j'ai réalisé que je devrais inaugurer la séance sur les solutions, fut de me rappeler ce que les architectes du processus actuel – les auteurs du *Rapport du Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique* – avaient à l'esprit[4]. Leur *Rapport* fut publié en 1991, une année après que la Cour suprême eut rendu sa décision dans l'affaire *Sparrow*[5]. Le procès *Delgamuukw* avait donné une indication de la longueur que pourraient prendre les litiges sur le titre aborigène et la Colombie-Britannique venait de décider de renverser 130 années d'opposition aux négociations. Le Groupe de travail voulait donc établir un cadre de travail pour un processus politique, plutôt que juridique, pour résoudre plus rapidement qu'un procès ne le ferait, l'infâme et perdurante « question des terres ». En particulier, il voulait renverser la règle fédérale qui confinait les négociations dans la province à un traité à la fois. Cette règle signifiait que les Premières Nations étaient obligées d'attendre pendant que les terres, qu'elles considéraient comme leur appartenant, se faisaient exploiter; cela a même poussé certaines à aller en cour – les Gitxsan et les Wet'suwet'en, par exemple. Donc, dans sa Recommandation 9, le Groupe de travail a laissé ouvert le nombre des négociations qui pouvaient avoir lieu concurremment.

Mais cela posait au moins deux problèmes. Le premier, évidemment, portait sur les ressources financières. La Recommandation 11 prévoyait que les équipes de négociations recevraient suffisamment de fonds mais 10 rondes de négociations, 20 ou – comme ce fut le cas – plus de 40, ça coûte cher. Le second problème concernait le chevauchement des revendications. La Recommandation 8 précisait que les Premières Nations devaient régler entre elles ces chevauchements de territoires et on s'attendait à ce que cela fût fait avant l'étape 4 (Entente de principe). Mais ce n'est pas ce qui s'est produit pour le litige entre les Nisga'a et les Gitanyow, et dans leur cas, les chevauchements sont aujourd'hui devant les tribunaux[6].

Les choses n'ont donc pas vraiment fonctionné comme l'avait prévu le Groupe de travail et les problèmes suivants sont alors apparus (l'ordre est sans importance). Tout d'abord, il semble que la province, et probablement Ottawa aussi d'ailleurs, soit incapable de gérer efficacement en même temps plus d'une poignée de négociations rendues à l'étape 4 (à l'heure actuelle, 37 Premières Nations en sont à l'étape 4), et qu'il existe peut-être une volonté de ne pas engager de ressources pour faire plus que cela[7]. Deuxièmement, de nombreuses Premières Nations n'ont pas la capacité de négocier un traité, et elles ne l'auront pas de sitôt[8]. (Or, s'il faut en croire les enseignements de l'histoire, les traités signés à la hâte, alors que l'une des parties est mal préparée, ne sont pas des façons de faire avancer les choses). Troisièmement, les problèmes de chevauchement de territoires n'ont généralement pas été résolus. Quatrièmement, il y a la question de la Commission des traités elle-même : est-ce le modèle qui convient pour le genre de tâche à accomplir ? Et cinquièmement, il y a le problème des mesures provisoires. Qu'arrive-t-il aux terres revendiquées par la Couronne et par une ou plusieurs Premières Nations en attendant que chacun reçoive les fonds qui lui permettront de bâtir la capacité nécessaire pour régler les chevauchements et pour parvenir à une entente viable ? Et qu'arrive-t-il aux Premières Nations qui traînent à l'arrière, faute d'avoir réuni cette capacité ? La réponse est un mélange de désillusion et de frustration et un processus de négociation en difficulté. Il y a sans doute d'autres questions à soulever, mais nous avons là suffisamment de matière pour nous demander : si nous ne progressons pas comme nous l'avions prévu, pouvons-nous au moins progresser autrement ?

Tribunaux

Une question préliminaire concerne le rôle des tribunaux. Je ne suis pas tout à fait sûr de ce que la Commission du droit voulait dire en appelant son forum « Parlons franchement à propos des traités ». Je présume toutefois que la phrase était conçue pour faire savoir que, au moins depuis les années 1860, le pouvoir en Colombie-Britannique avait appartenu à des gouvernements non

autochtones, non aux Premières Nations; et que même si nous faisions très attention à la façon dont nous caractérisons notre histoire partagée, ce déséquilibre avait longtemps été une entrave à la conclusion de traités efficaces[9]. Si le processus doit fonctionner, tel qu'il existe aujourd'hui ou selon une forme modifiée, toutes les parties devront faire des concessions. Personne n'a le monopole de la vérité et si les concessions accordées dans le traité avec les Nisga'a ne satisfont pas tout le monde, là encore il se peut qu'il y ait d'autres façons de faire.

Le titre du forum peut aussi être une façon de reconnaître que s'adresser aux tribunaux pour faire valoir ses droits est presque toujours un signe de faiblesse politique, non de force. (Les puissants ont généralement d'autres moyens plus efficaces.) Et pourtant, l'histoire de la question des terres des Indiens en Colombie-Britannique montre clairement que, sans le recours aux tribunaux, le processus de négociation n'aurait peut-être jamais vu le jour. En fait, même si Ottawa appuyait juridiquement le titre aborigène depuis au moins 1875, le gouvernement fédéral n'a pris le titre vraiment au sérieux qu'en 1973, quand la Cour suprême a rendu sa décision dans l'affaire *Calder*[10]. Et la Colombie-Britannique ne l'a pris au sérieux que lorsque plusieurs autres décisions ont été rendues, à commencer par l'affaire *Meares Island* en 1985[11]. Donc, l'une de questions auxquelles font face les parties concerne, à mon avis, le rôle des tribunaux. Si le processus de négociation doit atteindre son objectif de réconciliation du titre aborigène et de la souveraineté de la Couronne uniquement par des règlements, une participation judiciaire importante est-elle aussi essentielle à la conclusion de traités qu'elle l'était pour faire démarrer le processus ? Si oui, une politique qui considère règlement judiciaire et règlement négocié comme s'excluant mutuellement, est-elle une bonne politique ? (Nous en discuterons davantage plus loin.) Il existe tellement de désaccords sur la signification de l'arrêt *Delgamuukw*, qu'il ne suffit pas de se demander si les ressources actuellement affectées au processus de négociation sont adéquates; il faut aussi se demander si elles sont affectées de façon judicieuse. Cela soulève alors la question du rôle de la Commission des traités elle-même.

La Commission des traités de la Colombie-Britannique

Ce forum a été convoqué par la Commission des traités de la Colombie-Britannique et par la Commission du droit du Canada, je présume donc que le rôle et le statut de la première ne sont pas sans importance. Je m'attends aussi à ce que les conférenciers et les discussions qui m'ont précédé aient déjà examiné la plupart des points que j'aborde dans cet essai quand viendra la séance de clôture. Je pense donc qu'il serait bon de consacrer, dans la présentation du sujet « la voie à suivre », quelques minutes à un bref aperçu de la Commission des traités dans son contexte historique.

La Commission des traités de la Colombie-Britannique est le troisième organisme créé pour s'attaquer à la question des terres indiennes dans la province. La première, la *Indian Reserve Commission,* exista de 1876 à 1908. Cette commission fut créée pour résoudre l'impasse, entre Ottawa et la Colombie-Britannique sur le titre aborigène et la superficie des réserves indiennes de la Colombie-Britannique, qui s'était produite peu après la Confédération en 1871 et pour répondre à la colère des Autochtones devant la perte de leurs terres. Elle résolut l'impasse, mais en mettant de côté la question du titre aborigène. La première année de son existence, la composition de la Commission fut mixte, avec un représentant de la province, un représentant du dominion et un commissaire. La province trouvait cela trop coûteux, donc après 1878 la Commission ne fut plus composée que d'un commissaire. Les différends entre Ottawa et la Colombie-Britannique ont finalement conduit à une autre impasse, cette fois sur la question de savoir sous le contrôle de quel gouvernement se situaient les terres que les Indiens avaient abandonnées, et la province mit un terme à la Commission en 1908. Le gouvernement Laurier, à Ottawa, a alors essayé de porter la question du titre aborigène en Colombie-Britannique devant la Cour suprême du Canada, mais la Colombie-Britannique s'y opposa.

À la chute du gouvernement Laurier, à l'élection de 1911, le nouveau gouvernement conservateur oublia l'idée et convint avec la Colombie-Britannique en 1912 de créer un autre organisme, la *Commission McKenna-McBride*, pour traiter de la question des terres indiennes dans la province. Une fois de plus, Ottawa accepta, sur insistance de la Colombie-Britannique de n'inclure dans les négociations que les terres des réserves et les terres extérieures aux réserves, objet d'un titre aborigène. La *Commission McKenna-McBride* a présenté son rapport controversé en 1916. Bien que ni elle-même ni la Commission qui l'avait précédée n'aient été autorisées à traiter du titre aborigène *per se,* les deux avaient un pouvoir d'enquête et dans une certaine mesure, de décision que la Commission actuelle ne possède pas.

Jusqu'en 1880, par exemple, la *Indian Reserve Commission* pouvait découper et a découpé des réserves indiennes sur les terres de la Couronne, y compris sur des terres données à bail, sans avoir à obtenir l'approbation de la province, obligation qui lui fut imposée plus tard. Les deux commissions, par ailleurs, étaient des commissions d'enquête (tout comme le tribunal Waitangi en Nouvelle-Zélande) dont les rapports détaillés et factuels sont – quoi qu'on puisse en penser – en grande partie responsables du système de réserves que l'on connaît aujourd'hui. Le fait est que, quels qu'aient été les objectifs des gouvernements fédéral et provincial à l'époque, ceux-ci en étaient venus à la conclusion que s'ils voulaient accomplir quelque chose de sérieux, l'organisme créé pour ce faire devait en avoir les moyens.

Là résidait la force des deux commissions précédentes. Elles avaient aussi des faiblesses qui, on peut le dire, nous ont conduits là où nous en sommes aujourd'hui. Tout d'abord, aucun de leurs membres n'était autochtone. Ensuite leur mandat était d'attribuer des terres en vertu d'un pouvoir exécutif, non du titre aborigène et aucun tribunal ne s'était prononcé sur ce titre en Colombie-Britannique[12]. Aussi, ces commissions furent créées après que d'importantes parcelles de terrain eurent déjà été transférées (par exemple, les transferts à la compagnie de chemins de fer CP sur l'île de Vancouver) et elles n'avaient pas les pouvoirs nécessaires pour arbitrer ou régler les conflits entre différents titres.

Même dans les années 1870, de grandes étendues de terres sans doute soumises au titre aborigène avaient déjà été soit acquises par préemption soit concédées à des colons. Ces acquisitions par préemption et ces concessions, étaient pour la plupart illégales; elles étaient certainement injustes. Mais, comme l'a souligné le commissaire Gilbert Malcolm Sproat, il n'était pas juge et ne pouvait juger de ces questions de façon péremptoire. Compte tenu du déséquilibre entre les forces constaté ci-dessus, cela signifiait que la concession ou l'acquisition par préemption avait habituellement préséance. Et ce fut aussi le cas pour de nombreuses terres données à bail. C'était là, de quelque façon, la version XIX^{e} siècle des tensions entourant aujourd'hui les mesures provisoires. Et bien que Sproat ait réussi quelque peu en transformant en réserves des terres « vacantes » de la Couronne, lui et ses successeurs se sont souvent heurtés au problème des concessions préexistantes. Comme il l'a déclaré pour contester la proposition d'accorder à George Vernon, commissaire en chef des terres et des travaux de la Colombie-Britannique, un droit de veto sur les affectations de terres par la commission :

> [Traduction] Les Vernon... et quelques autres grands propriétaires de bétail disposent de pratiquement tout le pays pour faire paître leurs bêtes. Je ne dis pas qu'ils ont été personnellement malveillants envers les Indiens mais ils pensent vraiment, que c'est une idée originale que les Indiens doivent avoir une part complète des merveilles naturelles que recèle leur propre pays[13].

Voilà le genre de discours qui met en péril le boulot d'un gars[14].

Et je me demande si le fait d'accepter cette « idée originale » à laquelle se réfère Sproat n'est tout simplement pas un obstacle tout aussi énorme au succès des négociations de l'an 2000 que ne le fut l'attribution aux réserves dans les années 1870. Après tout « une part complète » fondée sur des droits mutuels plutôt que sur des droits au bien-être social a depuis toujours été un des thèmes constants des Autochtones. Je me demande aussi si une commission qui n'est que « la gardienne » d'un processus qui se conforme au modèle traditionnel de négociation est le genre de

commission qui convient. Par exemple, si l'on doute du pouvoir des négociateurs de représenter leur Premières Nations, la commission a-t-elle les pouvoirs suffisants pour en décider ? Si l'on doute de la capacité de la Premières Nations de négocier un traité, ou s'il devient évident qu'Ottawa ou la Colombie-Britannique ne peuvent négocier plus d'un certain nombre de traités à la fois, la commission peut-elle faire quelque chose pour remédier à ces situations ? Et si l'une des parties se montre déraisonnable vis-à-vis d'une question particulière ou ne négocie pas de bonne foi, que peut encore faire la commission[15] ?

En résumé, une commission des traités post-*Delgamuukw* a-t-elle besoin de plus de pouvoir ? Il y a plus de cent ans, Sproat pensait qu'il lui en fallait plus, alors qu'il disposait déjà de beaucoup plus de pouvoir que n'en a cette Commission. Et si, comme cela semble être le cas, la Colombie-Britannique vient à penser que c'est la Commission et non les tribunaux qui devrait surveiller le processus de négociation, cela ne renforce-t-il pas l'argument en faveur d'une commission des traités disposant de plus de pouvoir qu'aujourd'hui[16] ? Après tout, quand le modèle actuel a été créé au début des années 1990, la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait décidé qu'il n'existait en Colombie-Britannique aucun droit ancestral sur les terres et que s'il en existait, ils étaient loin de représenter un titre[17]. Quels que soient les désaccords actuels sur la bonne interprétation à donner au jugement *Delgamuukw*, ce jugement reconnaît aux Autochtones certainement beaucoup plus que cela. Il est donc légitime de se demander si le modèle de 1993 n'est pas un peu dépassé.

Obstacles constitutionnels mis à part, je ne suggère pas qu'une commission des traités disposant de pouvoirs semblables à ceux d'un tribunal visé par l'article 96 soit à la fois viable et nécessaire[18]. Mais les participants au forum voudront peut-être examiner si une commission disposant des pouvoirs dont bénéficie le tribunal Waitangi en Nouvelle-Zélande serait un modèle plus approprié. Ce tribunal mène des enquêtes fouillées et bien documentées; il reçoit des preuves, soit verbalement soit sous forme de pièces; ses rapports sont des documents publics qui font l'objet d'une large couverture médiatique; et tant le

gouvernement de la Nouvelle-Zélande que le public néo-zélandais – les Maoris et les Pakehas aussi – prennent ces rapports très au sérieux[19]. Ce tribunal, que certains considèrent comme la « conscience de la nation » peut, dans certains cas, faire des recommandations exécutoires, aux termes desquelles la Couronne doit reprendre des terres transférées à des tiers pour les remettre au hapu Maori[20].

Actions en justice et négociations

Afin de pouvoir participer aux négociations organisées par la Commission des traités, les Premières Nations n'ont pas besoin de prouver leur titre aborigène. Par ailleurs, si des problèmes de chevauchement surviennent ou que les parties ne peuvent s'entendre sur des points fondamentaux, il est évident que cela risque d'entraver sérieusement le processus de négociation. Il est donc concevable qu'une décision judiciaire soit nécessaire pour clarifier la procédure ou les droits ou même éventuellement pour fixer le titre. Il est certain que si les Premières Nations ne résolvent pas elles-mêmes les chevauchements et que la Commission n'a pas le pouvoir de les arbitrer ou de les régler, il est difficile de concevoir comment parvenir à un traité sans le recours préalable à une décision judiciaire quelconque[21].

Deux propositions concernant les actions en justice et les négociations me paraissent évidentes. D'abord, dans les procès civils ordinaires, la clarté des droits juridiques en cause permet généralement de parvenir à une meilleure négociation. Deuxièmement, dans les procès civils ordinaires, les parties négocient habituellement sur une base « sans préjudice », tant avant qu'après l'émission des brefs. Il semblerait donc qu'une politique qui interdit ou décourage action en justice et négociation menées simultanément soit exceptionnelle et doive être justifiée. (Avant les années 1990, cette question ne se posait pas : le gouvernement de la Colombie-Britannique niait l'existence du titre aborigène et considérait qu'il n'y avait rien à négocier. Un procès était donc la seule option possible.)

Une autre question est la suivante : si les parties ne peuvent s'entendre sur des questions fondamentales, et si ces désaccords

entravent sérieusement le processus de négociation, n'est-ce pas là une raison pour admettre un minimum de recours aux tribunaux ? Bien qu'il soit vrai qu'aucune des parties ne souhaite se lancer dans une grande aventure judiciaire – c'est d'ailleurs pourquoi existe le processus de négociation – le processus global ne nous y mène pas moins; peut-être pourrait-il alors aussi nous aider à « réussir ». Tout cela a d'importantes répercussions pour l'allocation des ressources. Et si la perspective d'un recours accru aux tribunaux n'est pas très encourageante, raison de plus pour rendre le processus actuel de négociation plus efficace[22].

Mesures provisoires

Lorsqu'une Premières Nations partie au processus de négociation s'oppose au développement des ressources sur des terres faisant l'objet d'un titre aborigène éventuel, le fait que ce titre n'a pas à être établi pour joindre le processus de négociation perd en pratique tout son sens, si ce développement peut être justifié par l'absence de preuve du titre. Il est vrai que la plupart des obligations que l'arrêt *Delgamuukw* impose au gouvernement dépend de l'existence de droits ancestraux ou d'un titre aborigène. Mais si les gouvernements opposent cette réponse aux objections autochtones au développement, que va-t-il advenir des avantages les plus importants à court terme du processus de négociation, soit la réconciliation de la souveraineté de la Couronne et du titre aborigène *pendant* le processus lui-même ? Pourquoi alors négocier plutôt que d'aller en cour ou de revendiquer directement des droits à la terre ? Les gouvernements doivent évidemment garder à l'esprit le bien-être économique général de la province. Mais quel est l'intérêt d'avoir un processus de négociation, si la différence entre attendre d'avoir sa place à la table des négociations comme en 1989 et siéger à la commission tripartite de l'an 2000, c'est de voir se multiplier le nombre des négociateurs de traité, ce que les détracteurs appellent avec dérision « l'industrie indienne »[23] ? Compte tenu de la complexité des questions en jeu et le fait réel que de nombreuses Premières Nations n'auront pas la capacité de conclure des traités efficaces pour les années à venir, ne devrait-il pas y avoir dès aujourd'hui l'engagement ferme, appuyé des fonds

nécessaires, de réconcilier le titre autochtone et la souveraineté de la Couronne, sur une base provisoire ?

Conclusion

Compte tenu des difficultés susmentionnées, il se pourrait donc que les parties donnent au processus de négociation une orientation nouvelle. Cela pourrait se faire en modifiant les positions de négociation, en conférant plus de pouvoir à la Commission des traités, en finançant les recours aux tribunaux quand il s'agit d'obtenir des clarifications judiciaires et en modifiant la législation de manière à intégrer des mesures provisoires *efficaces* et en faire une partie essentielle du régime juridique de la Colombie-Britannique. Car si les fonds sont limités et la capacité est un problème pour chaque partie (bien que de façon différente), un fort régime de mesures provisoires risque d'être une meilleure solution que d'essayer d'aller de l'avant avec un processus qui n'est pas viable par rapport à ses objectifs d'origine. Cela ne signifierait pas d'abandonner le processus de négociation, mais de le modifier. Ce pourrait même être une façon de répondre tant aux critiques autochtones relativement au traité avec les Nisga'a – qui pensent que les Nisga'a ont fait trop de concessions – qu'aux critiques non autochtones qui pensent que la Couronne a fait trop de concessions, qui sont désormais gravées dans « le béton constitutionnel »[24]. De nombreux chemins mènent à la négociation et la pensée « archétype » – au moins tel que le terme est utilisé quelquefois – suggère une sagesse qu'aucun d'entre nous ne possède.

Une fois les questions de chevauchement et de représentation réglées, les Premières Nations, qui sont convaincues de pouvoir négocier un traité correspondant à leurs besoins, devraient le faire. Présentement, ce n'est pas le cas pour plusieurs Premières Nations. Il faudrait réorienter davantage de ressources engagées dans le processus vers la création d'un régime de mesures provisoires qui, en cas de succès, pourrait même évoluer vers une façon de réconcilier les droits ancestraux et la souveraineté de la Couronne sans que soit négocié un traité sur la sélection des

terres, au sens classique du terme. Pareil régime permettrait aux Premières Nations de participer à la gestion et à la richesse de leurs territoires traditionnels; pendant ce temps, dans le cadre du processus de négociation, on continuerait à régler les difficultés; l'expérience ainsi acquise pourrait contribuer à trouver de nouveaux accommodements durables.

En bref, par une combinaison de stratégies, on pourrait atteindre nombre des objectifs du processus, au moins dans le court et le moyen termes, sans se heurter aux problèmes actuels. Entretemps, bien des aspects du titre aborigène et de la souveraineté pourront être travaillés sur le terrain et le traité avec les Nisga'a (et d'autres modèles de processus de traité) pourra être comparé avec ce qui aura émergé de travaux sur la mise en œuvre de mesures provisoires viables. La principale alternative à ces stratégies est de remettre la sélection des terres aux mains de la justice, soit la chose même que le processus de négociation était censé éviter.

Il est indéniable que nous avons du chemin à faire avant d'atteindre « l'idée originale » de Sproat voulant que les Autochtones devraient avoir « une pleine part des merveilles naturelles que recèle leur propre pays ». Mais nous ne devrions pas perdre de vue le fait que nous avons déjà fait aussi beaucoup de chemin. Avant les années 1990, tout ce que ce forum discute aujourd'hui n'était que spéculation intellectuelle en Colombie-Britannique et le poids de l'histoire auquel je me référais plus tôt avait été pris à la légère et converti en des droits au bien-être social – avec les résultats misérables que l'on prédisait déjà en 1927 et qui sont si évidents aujourd'hui[25]. Nous ne devrions donc pas être surpris si, dans 10 ans, nous découvrons que notre première tentative pour améliorer les choses a des failles évidentes. Peu importe, il n'y aura plus de retour possible.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

« Aboriginal Title and the Provincial Obligation to respect it: Is *Delgamuukw v. British Columbia* `Invented Law' ? » (1998), 56 Advocate 221

« Indigenous Peoples and the Law: The Colonial Legacy in Australia, Canada, New Zealand, and the United States », dans Johnston et Ferguson, dir., *Asia-Pacific Legal Development*, UBC Press 1998, aux pp. 466 à 500.

« Honouring the Queen: A Legal and Historical Perspective on the Nisga'a Treaty », 1998/99, 120 *BC Studies* 11-35

« 'Indian Administration' from the Royal Proclamation of 1763 to Constitutionally Entrenched Aboriginal Rights », dans Paul Havemann, dir., *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada, and New Zealand*, Oxford UP, 1999, aux pp. 351 à 377.

« A Romance of the Lost: The Role of Tom MacInnes in the History of the British Columbia Indian Land Question », dans Baker and Phillips, dir., *Essays in the History of Canadian Law, vol. VIII*, Toronto (Ont.), 1999, aux pp. 171 à 212.

« Fighting the King's War: Harris Smallfence, Verbal Treaty Promises and the Conscription of Indian Men, 1944 » (1999), 33 *UBC L. Rev.*, aux pp. 53 à 74 (en collaboration avec R. Scott Sheffield).

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

[1] *Delgamuukw* c. *la British Columbia* (1997), 153 D.L.R. (4e) 193, le juge en chef Lamer, para. 186.

[2] Dans *Delgamuukw*, la Cour suprême aurait pu rejeter le droit à l'autonomie gouvernementale fondé sur l'art. 35 mais elle ne l'a pas fait. Et bien qu'on ne puisse déterminer *dans quelle mesure* ce droit à l'autonomie gouvernementale des Autochtones est un droit constitutionnel découlant de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, personne ne conteste qu'il s'agit bien là d'un droit. [Quelques mois après le Forum, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé cette opinion dans *Campbell* et al. c. P.G. C.-B. Canada et Nation Nisga'a et al. (24 juillet 2000), Vancouver A982738 (B.C.S.C.) [ci-après *Campbell*].

[3] Voir *Campbell, ibid.*

[4] Voir Canada, *Rapport du groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique*, juin 1991 [ci-après Rapport de 1991]. J'ai également examiné un document que M. Alan Grove et moi-même avions écrit sur les traités en 1992, juste au début du processus de négociation. Nous avions alors soulevé plusieurs préoccupations. Notamment, l'incapacité pour de nombreuses Premières Nations de négocier de façon efficace (déséquilibre des forces), le danger de gaspiller de l'argent en répétant des recherches déjà faites ou entreprises pas d'autres (réinventer la roue), le caractère inadéquat des règles de preuve (histoire orale). Nous pensions aussi qu'il était essentiel d'éduquer le public et un nombre suffisant de spécialistes et d'éviter de faire porter l'opprobre à l'une des parties. Voir Foster et Grove, "Looking Behind the Masks: A Land Claims Discussion Paper for Researchers, Lawyers and Their Employers" (1993), 27 *U.B.C. L. Rev.* 213 [ci-après "Looking Behind the Masks"].

[5] *Regina* c. *Sparrow* (1990), 56 C.C.C. (3e) 263 [ci-après *Sparrow*].

[6] Les négociations pour le traité avec les Nisga'a ont commencé, il est vrai, bien avant le lancement des négociations en C.-B. et se sont déroulées par la suite à l'extérieur de ce processus. Mais la plupart des négociations importantes ont eu lieu après 1993.

[7] Les chiffres sont extraits du *Rapport annuel de la Commission des traités (1999)*, p. 15.

[8] Voir "*Looking Behind the Masks*," *supra* note 4, pp. 246 à 251.

[9] A. Manuel écrivait récemment que son père, George Manuel, pouvait au moins rencontrer les politiciens de l'opposition pour lutter contre le gouvernement mais qu'il pourrait aujourd'hui difficilement obtenir la même aide du parti fédéral réformiste [aujourd'hui l'Alliance] ou des libéraux de C.-B.

C'est vrai. Mais il ne faut pas oublier que si les oppositions à Ottawa ou en C.-B. l'aident peu, c'est qu'aujourd'hui son gouvernement est favorable au titre aborigène et au processus de négociation (même si nombreux sont ceux qui estiment ce soutien insuffisant). On peut certainement parler de progrès.

[10] *Calder* c. *A.G.B.C.* (1973), 34 D.L.R. (3e) 145. Sur ces premiers avis juridiques, et particulièrement un avis important demandé par la Commission d'alors en 1909, voir "A Romance of the Lost: The Role of Tom MacInnes in the History of the British Columbia Indian Land Question" dans Baker et Phillips, dir., *Essays in the History of Canadian Law*, vol. VIII, Toronto (Ont.) 1999, pp. 171 à 212.

[11] *Macmillan Bloedel Limited* c. *Mullin et al., etc.* (1985), 61 B.C.L.R. 145 (B.C. C.A.).

[12] Dans *St. Catherine's Milling and Lumber Co.* c. *The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, à la p. 59 (J.C. P.C.), on déclarait qu'une province ne pouvait utiliser les terres indiennes comme source de revenus tant que [traduction] "le bien de la Couronne n'est pas débarrassé du titre aborigène". Mais pour la C.-B., il n'y avait tout simplement pas de titre aborigène dans la province.

[13] Sproat au ministre de l'intérieur (Ottawa), 27 oct. 1877, A.N.C., RG10, vol. 3656, dossier 9063.

[14] Sproat a démissionné en 1880 pour protester contre le refus d'Ottawa d'approuver les initiatives d'autonomie gouvernementale.

[15] L'Entente signée par les parties en septembre 1992 traite de quelques-unes de ces questions, mais en termes très généraux.

[16] Cela est apparemment la position de la province dans l'appel *Luuxhon*; voir Canada, le *Rapport annuel de la Commission des traités*, 1999, à la p. 37, et la décision de la B.C. S.C. dans *Luuxhon*, [1999] B.-C.J. 659.

[17] Voir la décision du tribunal de première instance dans l'affaire *Delgamuukw*, publiée dans (1991) 79 D.L.R. (4e) 185 (B.C. S.C.).

[18] Voir P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Carswell, 1992, chap.7.

[19] Voir, par exemple, le rapport *Taranaki* (1996). Dans ce pays, la *Indian Claims Commission* ressemble davantage au tribunal Waitangi, mais ne traite pas des revendications globales.

[20] Avec indemnisation des tiers : voir R.P. Boast, "The Waitangi Tribunal: 'Conscience of the Nation,' or Just Another Court?", (1993), 16 *U.N.S.W. Law Journal* 223, aux pp. 227-228.

[21] Dans le *Rapport de 1991, supra* note 3, il est recommandé seulement (Recommandation 14) que la Commission "fournisse des conseils et de l'aide en ce qui concerne le règlement des différends, tel que convenu par les parties."

[22] À propos, les avocats se trouveront sans doute autant concernés dans un processus que dans l'autre; donc même si certains se sentent mieux après avoir affirmé que le recours aux tribunaux ne fera qu'enrichir la profession juridique, ils sont tout à fait à côté de la question. Que cela plaise ou pas, le recours au droit fluctue au même rythme que les changements importants qui bousculent notre société régie par ce droit, et si cela marche pour les gouvernements et les entreprises, pourquoi pas avec les Premières Nations ?

[23] Comme l'une des personnes à qui j'ai parlé me l'a plutôt tristement rapporté, le principal changement dont j'ai entendu parler depuis le début des négociations, c'est que les négociateurs conduisent une voiture plus nouvelle. Il ne faisait allusion qu'à l'une des trois parties, mais pensait que cela était également vrai pour les deux autres. Je ne dis pas que ce commentaire est nécessairement juste, mais le fait qu'on parle de la sorte peut être préoccupant.

[24] Il se peut aussi, comme la Cour l'a fait remarquer dans l'affaire *Campbell* (*supra* note 2, aux pp. 52-53), que le béton ne soit pas sec; même les dispositions de traités peuvent être soumises à des restrictions statutaires si l'on peut les justifier par le critère énoncé dans l'affaire *Sparrow* (*supra* note 5). À ce sujet voir *R.* c. *Badger,* [1996] 1 R.C.S. 771, aux pp. 812-813.

[25] Voir les remarques du président de *Allied Indian Tribes of B.C.,* P. Kelly, au comité parlementaire qui examinait les griefs de cette organisation en avril 1927, citées dans "Letting Go the Bone: The Idea of Indian Title in British Columbia, 1849-1927" dans H. Foster et J. McLaren, dir., *Essays in the History of Canadian Law, vol. VI,* Toronto (Ont.), 1995, aux pp. 28 à 68.

Parlons franchement à propos des traités

Sommaire

Les organisateurs du forum intitulé « Parlons franchement à propos des traités » ont consenti à préparer un résumé des discussions ayant eu lieu après chacune des séances. Le résumé a été établi par la Commission des traités de la Colombie-Britannique.

Il ne s'agit pas d'un procès-verbal du forum et, exception faite des observations finales de l'animateur et des hôtes du forum, les commentaires ne sont en aucun cas attribués à des participants particuliers.

Les opinions exprimées – toujours avec franchise et trahissant parfois un certain emportement, voire même une certaine colère – sont celles d'un large éventail de participants et elles ne correspondent pas nécessairement aux opinions de la Commission du droit ou de la Commission des traités.

Première séance : Perspectives historiques et constitutionnelles

Au début de la discussion, les participants souhaitaient savoir lequel des deux objectifs suivants convenait au forum :

- l'élaboration, par l'ensemble des participants, d'une perspective unique sur les questions constitutionnelles, juridiques et historiques;
- la reconnaissance des différentes perspectives adoptées par les participants et la recherche de solutions axées sur l'avenir et visant à rehausser la viabilité du processus des négociations relatives aux traités en Colombie-Britannique et à régler les questions d'ordre pratique, non juridique, qui préoccupent le plus le public.

Ces deux éléments ont influé énormément sur la discussion qui s'est ensuivie au cours de cette séance et de la suivante. Comme il fallait s'y attendre, ces questions n'appelaient pas une réponse unique. D'une part, il est devenu rapidement évident qu'il serait peu probable qu'on puisse convenir d'une perspective unique, compte tenu des interprétations différentes données par les participants à la jurisprudence portant sur des questions essentielles, particulièrement la question de la souveraineté de la Couronne et, par extension, la question du point de départ des négociations. D'autre part, on a fait remarquer que le rapprochement entre le passé et le futur était un processus continu, et qu'il n'était pas nécessaire, ni même possible, de régler le premier élément avant d'aborder l'autre.

On a indiqué aux participants qu'on ne devrait pas exiger des Premières Nations qu'elles oublient leur identité avant de se présenter à la table des négociations et que celles-ci ne devraient pas devoir négocier en vue de faire valoir ce qui constitue déjà des droits inhérents. Au cours du forum, on a précisé comment l'histoire, les coutumes et le droit des Premières Nations avaient survécu jusqu'à l'ère actuelle, qu'ils faisaient en fait partie intégrante de l'affirmation par ces peuples de leur identité ainsi que de leur lien avec la terre, et qu'ils expliquaient pourquoi les Premières Nations étaient engagées dans le processus d'élaboration de traités et ce que celles-ci cherchaient à faire reconnaître et confirmer par le biais des négociations.

L'histoire, les coutumes et le droit des Premières Nations ne devraient par ailleurs pas être perçus comme étant statiques. Sans entrer dans le détail, un intervenant a mentionné 10 ententes sectorielles conclues récemment entre les Mohawks et le gouvernement du Québec en vue d'illustrer la persistance de l'ordre juridique autochtone en tant que droit inhérent évolutif.

De fait, un autre échange a précisément permis de souligner le caractère évolutif des sociétés autochtones. Suivant l'opinion exprimée, le Canada est lui aussi un concept évolutif. Les Premières Nations souhaitaient à la fois assurer leur survie et s'intégrer à l'évolution canadienne en engageant le dialogue avec

le Canada et la Colombie-Britannique sur la question du partage des pouvoirs entre gouvernements. L'article 35 de la Constitution, qui reconnaît et confirme les droits existants et futurs – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones, constituait le point de départ de ce dialogue. On a laissé entendre que les Premières Nations souhaitaient être une branche vivante sur un arbre constitutionnel vivant.

Si les non-Autochtones ignorent l'histoire des Premières Nations et les aspirations de celles-ci, c'est peut-être en partie à cause du système d'éducation, lequel perpétue selon les participants une attitude coloniale bien ancrée. Cette attitude, qui a empêché les parties se présentant à la table des négociations de se concentrer sur l'établissement de nouvelles relations axées sur l'avenir, devrait être modifiée, compte tenu en particulier du pouvoir considérable détenu par les parties fédérale et provinciales pour ce qui est de maintenir le *statu quo*. Un intervenant des Premières Nations a invité les non-Autochtones à être les porte-parole des Autochtones, tout comme les philanthropes l'avaient fait dans le cadre de la lutte visant l'abolition de l'esclavage au début du XIX^{e} siècle. On a cependant aussi fait remarquer que la conclusion de traités était un défi commun à tous, quoique comportant des éléments singuliers, et que toutes les parties pouvaient et devaient relever ce défi.

Un participant cherchait à savoir pourquoi les gouvernements fédéral et provinciaux ne voulaient pas reconnaître, à la table des négociations, les titres, la compétence, la légitimité et la souveraineté sous-jacents des Premières Nations, compte tenu de l'importance que ces éléments revêtent pour ces dernières. Cette question est revenue sur le tapis lors d'une séance ultérieure, et certains éléments de réponse ont été fournis à différents moments, autant par des participants représentant le gouvernement fédéral que par les autres participants.

Selon une des réponses données, les négociations portaient sur les revendications territoriales et la question des pouvoirs législatifs; cependant, la plupart des Canadiens et le gouvernement fédéral ne pouvaient accepter que la négociation

porte sur la souveraineté et le droit de propriété sous-jacents de la Couronne. On a par ailleurs également fait remarquer que d'autres Canadiens faisaient valoir des objections de principe à l'égard de l'élaboration de traités au motif que cela menait à ce qu'ils percevaient comme des systèmes juridiques fondés sur la race.

Selon une seconde réponse, c'était l'*idée*, la *théorie* de l'autodétermination des Premières Nations qui avait suscité le plus de craintes et avait empêché les parties d'en arriver à une entente. On a fait valoir que les négociations seraient peut-être plus efficaces si les parties examinaient la question de l'autodétermination de manière plus concrète, soit en fonction de compétences multiples, et en déterminant qui serait propriétaire de quelles ressources, qui régirait les administrations municipales, etc. – bref, en essayant d'imaginer ce à quoi ressemblerait le territoire de la Colombie-Britannique le lendemain de la signature d'un traité. Une telle approche pourrait permettre aux parties de mesurer avec plus de réalisme l'étendue de l'autodétermination des Premières Nations ainsi que l'ampleur des répercussions de l'autodétermination relativement au paysage politique actuel de la Colombie-Britannique.

À la fin de la séance, un participant a fait remarquer qu'il semblait que l'évolution des discussions faisait ressortir des considérations de principe et d'ordre pratique. Personne n'a nié que les peuples autochtones avaient des droits, quoique l'étendue de ces droits n'ait pu faire l'unanimité. Tous les participants ont convenu que les traités pouvaient aider à définir ces droits de manière durable. Les participants ont en outre reconnu, pour reprendre les termes de la Cour suprême du Canada, que nous étions tous ici pour y rester. Ils ont également convenu qu'il était nécessaire de mettre un terme au *statu quo* et d'envisager une modification des accords touchant la compétence et le droit de propriété pour permettre aux Premières Nations d'être capables de suffire à leurs propres besoins sans avoir à oublier leur histoire et à abandonner leur identité.

Deuxième séance : éthique en matière de négociation

Le défi de concilier le passé et le futur a continué à animer la discussion lors de la deuxième séance.

Au début de la séance, on a de nouveau demandé pourquoi les gouvernements fédéral et provinciaux ne consentiraient pas à négocier les questions que les Premières Nations estimaient essentielles et qui, selon les directives des tribunaux, devaient faire l'objet de négociations, soit les droits préexistants (notamment le droit de propriété), la souveraineté et l'indemnisation.

Plusieurs intervenants ont fait remarquer qu'une partie de la réponse résidait dans le fait que, si les gouvernements et la société non autochtones avaient de la difficulté à faire face au passé, c'était surtout qu'ils en avait honte. Reconnaître ce passé impliquerait l'obligation d'abdiquer des ressources psychiques et des ressources matérielles.

Comme autre élément de réponse à la question du début de séance, on a fait valoir que l'élaboration de traités devrait être perçue uniquement comme une des dimensions caractérisant les nouveaux rapports établis entre deux gouvernements. On a laissé entendre que les traités ne devaient pas servir de panacée, mais plutôt constituer un outil qui permette de faire la transition entre le présent et le futur en réglant les questions d'autonomie gouvernementale, du droit de propriété, des ressources et des droits futurs. On a souligné qu'une telle approche était plus constructive que celle consistant à continuer à s'accrocher au passé.

À l'opposé, on a exprimé l'opinion selon laquelle les Premières Nations fondaient précisément leurs négociations sur les droits et titres préexistants – sur le passé – et qu'un processus qui permettait à une partie de dicter l'ordre du jour et l'étendue des négociations était un processus injuste. En outre, compte tenu du fait que les Premières Nations se méfiaient du gouvernement,

notamment en raison des expériences passées, la perception des Premières Nations, relativement à la nécessité de nouer une nouvelle relation ainsi qu'aux caractéristiques de celle-ci, se trouvait faussée. On a ramené sur le tapis une question voisine, abordée lors de la première séance, soit le fait qu'en Colombie-Britannique, et ailleurs au Canada, ce ne sont pas seulement les Premières Nations qui amènent leur histoire à la table des négociations : par exemple, le Canada et la Colombie-Britannique y amènent la question de leur souveraineté, par le biais des articles 91 et 92 de la Constitution, qui visent respectivement les domaines de compétence du fédéral et des provinces.

Selon une quatrième perspective, bien qu'il ne soit pas nécessaire que les Premières Nations et les autres parties aient une vision commune de l'élaboration de traités, elles devraient mutuellement reconnaître leurs perspectives et priorités respectives. On a indiqué qu'on ne pourrait jamais rapprocher deux solitudes et que les parties ne pourraient jamais conclure d'accord si elles ne pouvaient s'entendre sur ce qu'elles étaient en train de négocier. Le fait de mettre exclusivement l'accent sur le caractère prospectif des traités allait à l'encontre de cette exigence et de la réalité selon laquelle le processus d'élaboration de traités prenait sa racine dans l'histoire et dans le droit.

Plusieurs participants ont insisté sur la question de l'indemnisation. On a fait remarquer que le gouvernement fédéral, dans le cadre de l'élaboration de traités, ne négociait pas d'indemnisation pour les violations passées des droits et titres des Premières Nations. Le gouvernement canadien estime que la question de l'indemnisation est une affaire juridique, impliquant des questions formelles de fardeau de preuve et d'évaluations, qui devrait être réglée ailleurs qu'à la table des négociations, puisque la négociation de traités est assimilée à une négociation d'ordre politique. Un autre participant a demandé si le Canada, puisqu'il ne négociait pas l'indemnisation pour violations passées dans le cadre de l'élaboration de traités, exigerait des Premières Nations qu'elles abandonnent leurs réclamations à cet égard, sous prétexte que ce serait la seule façon pour les parties d'atteindre leur but par le biais de la conclusion de traités.

À cette question, des participants ont répondu que les tiers visés par les traités seraient indemnisés. Ils ont réitéré ce que les tribunaux avaient eux-mêmes à plusieurs reprises souligné, soit le fait que la négociation était le moyen le plus approprié de régler la question de l'indemnisation. Dans le même ordre d'idées, on a demandé si l'accord définitif devait prévoir la libération du Canada et de la Colombie-Britannique pour ce qui est de toute autre demande d'indemnisation pour violations passées relativement aux droits et titres des peuples autochtones. On a répondu que les termes de l'accord définitif régleraient cette question.

Un participant a résumé l'orientation générale de ces échanges en faisant remarquer que les importantes différences de points de vue et d'approches à l'égard des traités n'apparaissaient clairement que maintenant. De fait, deux modèles contradictoires de traité se sont cristallisés, s'opposant par des différences sur les questions de la reconnaissance antérieure des droits des peuples autochtones, notamment leur droit à l'indemnisation, ainsi que de la sélection définitive des terres et l'applicabilité des droits issus de traités. Ces différences étaient aggravées par les divergences d'opinion entre les parties au sujet du coût, du rythme et du caractère bureaucratique du processus d'élaboration de traités, ainsi que par l'existence ou non de respect mutuel dans le cadre de ces négociations. Le défi consistait pour toutes les parties à déterminer s'il y avait encore des opinions compatibles relativement à l'élaboration de traités, et ce qu'elles pouvaient faire en cernant les questions qui les divisaient et en tentant d'éliminer ces différences.

Un autre participant a fait état de la nécessité d'une intervention politique visant à raviver les possibilités d'élaborer des traités, lesquelles diminuent progressivement. On a également suggéré que la Commission des traités réexamine la charte initiale du processus d'élaboration de traités, le *Rapport du Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique*, de 1991 afin de déterminer dans quelle mesure les parties l'ont respectée et si elle est toujours utile à la négociation. Le rôle de la Commission des traités, qui a

été établi avant la décision *Delgamuukw*, devrait être à l'ordre du jour de ce réexamen.

On a ici encore insisté sur l'importance d'éduquer les gens en matière d'élaboration de traités. On a mentionné au cours du forum que la négociation pouvait donner l'occasion d'éduquer à long terme des parties appartenant à des cultures différentes. Une compréhension mutuelle aurait pour effet de modifier la volonté de dominer à la table des négociations. Un appui accru des établissements d'enseignement financés par l'État et administrés par les peuples autochtones aiderait à poser les bases d'un dialogue plus fructueux et de cette compréhension mutuelle.

Troisième séance : questions de certitude

Compte tenu des opinions divergentes exprimées lors des deux séances antérieures, on a prié les participants de mettre l'accent sur les zones de convergence et les points d'entente entre les parties. On a souligné le fait que les participants convenaient tous que de graves injustices avaient été commises, que le désespoir était toujours présent et que la négociation restait le meilleur moyen de régler plusieurs questions juridiques.

On a laissé entendre que les participants au forum devraient, en examinant la question de la certitude, tenir compte de la façon dont les parties engagées dans les négociations pouvaient établir un climat de confiance, faire progresser les choses et connaître le succès en adhérant à un processus graduel pour ce qui est des mesures provisoires, des mesures reliées aux traités, des initiatives de développement économique et du contrôle accru de la collectivité sur des questions essentielles. Selon l'opinion exprimée, la certitude était autant une affaire de relations que de droits, et les traités devaient être non seulement négociés, mais aussi élaborés.

Ces commentaires de début de séance ont donné le ton à la plupart des discussions qui ont eu lieu au cours de la séance.

Sur la question de la certitude, plusieurs participants ont fait remarquer qu'une certitude absolue était impossible. Par exemple, la Convention de la Baie James, dont le libellé faisait état de « cession », a été l'objet de sept contestations judiciaires et a dû être modifiée. En outre, les définitions juridiques retenues par la Cour suprême du Canada quant aux caractéristiques essentielles d'une société libre et démocratique non seulement semblaient intrinsèquement inconciliables, mais elles excluaient en outre toute idée de certitude complète. Ces deux éléments ont fait ressortir la nécessité de trouver de nouvelles options permettant d'en arriver à la certitude.

D'autres participants ont convenu que le processus d'élaboration de traités était paralysé, et que la question de la certitude représentait un défi de taille. On a fait remarquer que le secteur privé n'était pas disposé à envisager un nouveau modèle de certitude, tel un modèle conditionnel ne tenant pas compte des revendications, et qu'il était peu probable que la confiance des investisseurs repose sur un traité portant uniquement sur les relations entre les parties sans aborder les droits ultérieurs à la signature d'un traité.

Malgré ces défis, on avait réussi à conclure un accord avec les Nisga's. On a laissé entendre que, dans le cadre de la négociation de traités, l'accent devrait davantage être mis sur les questions d'ordre pratique. Dans cet esprit, on a fait valoir que les questions du partage des recettes et de l'adoption d'une forme quelconque de cogestion des ressources constituaient des thèmes qui devraient faire partie de l'ordre du jour d'ateliers ultérieurs. Un autre intervenant a invité les Premières Nations à collaborer plus étroitement entre elles aux fins de l'élaboration d'ententes et de l'établissement de partenariats de façon opportune, ce qui permettrait d'éviter la tenue de multiples négociations identiques.

Plusieurs participants, s'exprimant au nom de groupes représentatifs des secteurs commerciaux et économiques, ont ramené la discussion sur le thème de l'élaboration de traités fondés sur des mesures provisoires et d'autres initiatives.

Un de ces participants a fait remarquer que les négociations actuelles avaient piétiné en raison d'une trop grande ambition, avaient suscité des attentes irréalistes, étaient trop caractérisées par une démarche descendante et impliquaient trop de tables des négociations, et que certains négociateurs avaient trop peu d'expérience en matière de négociation de traités d'importance. Une approche de la négociation fondée davantage sur les besoins locaux s'impose. On a fait valoir que les intéressés seraient plus susceptibles de conclure des traités si, au préalable, on concluait des ententes préalables et on établissait des partenariats satisfaisants entre les Premières Nations, le secteur privé, le gouvernement et les autres intervenants. Cela donnerait aux Premières Nations le pouvoir de faire valoir leur compétence et permettrait aux peuples qu'ils représentent de ranimer le sentiment de leur propre valeur et la perception qu'ils ont le contrôle de leur propre vie. Cela générerait aussi une plus grande confiance mutuelle entre les diverses parties et à l'égard du règlement des intérêts en jeu.

De toute évidence, de telles initiatives pourraient être réalisées par le biais de mesures provisoires, mais il faudrait également que plus de ressources et d'argent soient consentis à la table des négociations, ainsi qu'une volonté politique plus grande de la part du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux.

Un autre intervenant a mentionné l'expérience vécue en Nouvelle-Zélande pour faire ressortir davantage l'importance des mesures provisoires, notamment celles assurant la protection des ressources avant la conclusion des traités définitifs. Le cas de la Nouvelle-Zélande fournissait également des exemples sur les diverses façons d'assurer la protection de ces ressources, telles que la constitution de réserves foncières.

Un autre participant a fait une mise en garde à propos d'une approche graduelle de l'élaboration de traités. On a fait remarquer que même les entreprises forestières qui avaient établi de bons rapports avec les Premières Nations n'étaient pas immunisées contre les barrages routiers, la perturbation de l'ordre public et les obstacles aux plans d'exploitation forestière. De fait, les

Premières Nations ont semblé se servir de ces entreprises pour attirer l'attention des gouvernements. Les gouvernements ont par conséquent dû être des joueurs clés dans le processus d'élaboration de traités.

Malgré cet état de choses, aucun des participants ne s'est dit en principe en désaccord avec les mesures provisoires. On a en fait souligné que les secteurs de l'industrie forestière qui avaient jusqu'ici rejeté l'idée des mesures provisoires ne s'y opposaient plus. Ils examinent maintenant plus précisément les modalités des mesures provisoires en vue de déterminer s'ils seraient disposés à accorder des avantages aux Premières Nations dans un proche avenir plutôt que dans un avenir lointain, à permettre au développement économique de se poursuivre, et à inciter ainsi les parties à conclure des accords définitifs.

Quatrième séance : la voie à suivre

Au cours de cette séance, de nombreux participants des Premières Nations ont ramené la discussion sur des sujets qui avaient été abordés plus tôt dans la journée.

La discussion a notamment porté sur les questions suivantes :

- la fragilité et les lacunes du processus d'élaboration de traités;
- le refus des gouvernements de reconnaître, au tout début des négociations, les droits et titres des peuples autochtones;
- le fait qu'on estime qu'il est inexplicable que des négociations puissent être purement axées sur l'avenir, compte tenu des rapports culturels et ancestraux étroits que les Premières Nations entretiennent avec la terre et les ressources, et de leur désir de continuer à maintenir ces liens en permanence pour des raisons de justice sociale;
- le fait, inadmissible, que l'on se sert de l'extinction des droits et des titres des peuples autochtones pour chercher à établir de nouvelles relations entre les Premières Nations, le Canada et la Colombie-Britannique;

- la pauvreté toujours présente parmi les Premières Nations et le droit à l'indemnisation relativement aux terres jadis occupées par les autres et aux ressources jadis exploitées et épuisées par les autres;
- le fait que le niveau d'endettement déjà élevé des Premières Nations continuait à augmenter au cours des négociations.

Un des participants a mis en doute la bonne foi des parties négociatrices dont l'intention manifeste était de perpétuer le *statu quo*.

Plusieurs intervenants ont fait remarquer que le forum leur avait permis de comprendre plus clairement les différences entre les perspectives de chacune des parties. Ils estimaient cependant que le forum avait été de trop courte durée, puisqu'ils n'avaient pu faire part de toutes leurs préoccupations, ni totalement saisir les questions sous-jacentes, et qu'ils ne se sentaient pas prêts à prendre les mesures qui s'imposaient en vue de relever les défis inhérents au processus d'élaboration de traités.

Un certain nombre d'intervenants ont proposé des suggestions sur la façon dont les défis pourraient être relevés. Selon une suggestion, les traditions des Premières Nations – la démocratie et l'association politique – pourraient fournir aux parties un cadre relationnel qui pourrait servir de solution de rechange à l'extinction des peuples autochtones et de leurs droits. Un autre intervenant a mentionné l'expérience du forum constitutionnel tenu dans les Territoires du Nord-Ouest au sujet de l'autonomie gouvernementale en vue de sortir les parties des impasses existantes. Selon une troisième suggestion, le secteur privé pourrait favoriser l'établissement d'une nouvelle relation avec les Premières Nations en leur offrant de siéger aux conseils d'administration. On a également suggéré de tenir d'autres forums comme celui-ci, dont les objectifs seraient plus circonscrits, en vue d'élaborer des solutions non contraignantes sur les questions ne paraissant pas résolubles à la table des négociations.

Observations finales

Dans ses observations finales, l'animateur a fait remarquer que le forum avait permis aux participants de faire ressortir de nombreuses vérités, notamment :

- les traités portaient essentiellement sur les relations entre les peuples et devaient tenir compte autant du passé que de l'avenir;
- la certitude était une question de respect, de clarté, de relations appelées à évoluer, et non une question de finalité;
- les mesures provisoires et les entreprises commerciales constituaient des indicateurs importants des progrès réalisés dans le cadre de la négociation ainsi que de la valeur du processus d'élaboration de traités;
- le rôle de la Commission des traités de la Colombie-Britannique devrait évoluer, peut-être dans la tradition du tribunal de Waitangi.

Tous ceux et toutes celles qui étaient présents avaient le pouvoir d'éduquer les gens qu'ils représentaient ainsi que le grand public, sur qui repose le pouvoir; d'autre part, l'appui du grand public est nécessaire pour qu'il puisse être donné suite aux idées exprimées lors du présent forum.

Rod Macdonald de la Commission du droit, a reconnu que si les participants avaient manifesté de la colère et de la frustration, ils avaient aussi fait valoir des idées utiles pour l'avenir. Il a repris l'idée d'un dialogue de plus grande portée, qui permettrait au grand public de la Colombie-Britannique de mieux comprendre la nature du processus d'élaboration de traités et le fait que ce processus constitue un symbole d'une nouvelle relation et non seulement un moyen d'obtenir des ressources, des terres et de l'argent. Cela a des répercussions sur les priorités de la Commission des traités en matière d'éducation du public. Monsieur Macdonald a convenu que le processus d'élaboration de traités n'était pas uniquement un processus politique et que plus d'opérations commerciales conjointes et d'initiatives de cogestion étaient nécessaires pour démontrer que le XXI^{e} siècle

pouvait contribuer de manière significative à la prospérité des Premières Nations aux plans socio-culturel, politique et économique. Il a enfin fait remarquer que, à moins que les négociateurs gouvernementaux réussissent à convaincre leurs commettants de modifier le processus de négociation de traités pour qu'il devienne davantage qu'un moyen de régler la question des revendications territoriales, le processus ne pourrait que partiellement traiter des préoccupations des Premières Nations et ne pourrait probablement pas permettre aux parties de trouver des solutions créatives.

Miles Richardson a repris le commentaire d'un participant selon lequel il était nécessaire d'établir un dialogue plus éclairé sur les questions visées par les traités et d'obtenir un appui politique accru à l'égard du processus d'élaboration de traités. Il a reconnu que le processus avait à plusieurs reprises été mis en question au cours de la journée et que le processus était de fait imparfait. Il a toutefois rappelé aux participants que le processus a été entamé il y a six ans seulement et a affirmé qu'il constituait à son avis un investissement valable. Il a également fait remarquer que l'élaboration des traités était une affaire qui touchait tout le monde et qu'il appartenait à tous et à chacun de faire en sorte que le processus se déroule différemment.

Passant en revue les échanges de la journée, M. Richardson a relevé les besoins suivants :

- la visualisation, de ce que constituent des traités pourrait servir à promouvoir une compréhension et une confiance mutuelles;
- un examen des engagements fondamentaux faits au début du processus aux termes du *Rapport du Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique* de 1991 et une réaffirmation de ces engagements;
- une reconnaissance mutuelle honnête entre les parties, et l'engagement de toutes les parties à ne pas faire état de conditions préalables à la table des négociations.

La réaction suscitée par les offres d'entente de principe qui avaient été faites à un certain nombre de Premières Nations dans

le cadre de l'élaboration de traités avec la Colombie-Britannique à l'automne et à l'hiver 1999-2000 a démontré qu'il restait encore beaucoup à accomplir à l'égard de questions telles que la certitude, les mesures provisoires et le rôle de la Commission des traités. Mais comme les événements de la journée et les commentaires constructifs ont permis de le constater, toujours selon M. Richardson, la nécessité d'établir une nouvelle relation et de prévoir des mesures provisoires apparaît de plus en plus évidente à tous. D'autres progrès pourraient être réalisés par le biais de la tenue d'autres forums comme « Parlons franchement à propos des traités » et par une plus grande attention aux intérêts communs des parties.

ANNEXE

PROGRAMME

le 2 mars		
19 h	Cérémonie d'ouverture	
	Mot de bienvenue	Rod Macdonald, président, Commission du droit du Canada Miles Richardson, commissaire en chef, Commission des traités de la Colombie-Britannique
	Allocution	Jim Tully, département de Sciences politiques, Université de Victoria
le 3 mars		
8 h 30	Perspectives historiques et constitutionnelles	Andrée Lajoie, Université de Montréal, Faculté de droit John Borrows, Université de Toronto, Faculté de droit
	Commentaires	Michael Asch, Université de Victoria, département d'Anthropologie Geoff Plant, MAL
	Discussion	
10 h 00	Pause	
10 h 30	Éthique en matière de négociation	Rod Macdonald, président, Commission du droit du Canada Trudy Govier, philosophe et auteur
	Commentaires	Louise Mandell, QC – Conseillère, *Union of B.C. Indian Chiefs* Tom Molloy, chef négociateur, gouvernement du Canada
	Discussion	

12 h	Déjeuner	
13 h 30	Questions de certitude	Mark Stevenson, ancien chef négociateur provincial Richard Price, Université de Victoria
	Commentaires	Jerry Lampert, président, *Business Council of BC* Roberta Jamieson, ancienne Ombudsman de l'Ontario
	Discussion	
15 h	Pause	
15 h 30	La voie à suivre	Hamar Foster, Université de la Colombie-Britannique, Faculté de droit
	Commentaires	Ed John, membre du groupe de travail, Sommet des Premières Nations
	Discussion	
16 h 30	Mot de clôture	Rod Macdonald, président, Commission du droit du Canada Miles Richardson, commissaire en chef, Commission des traités de la Colombie-Britannique